

## Contrato inválido

Rómulo Morales Hervias\*

### 1. Introducción

El contrato nulo y el contrato viciado son patologías del contrato. Fisiológicamente, el contrato válido es eficaz, aunque también un contrato válido puede convertirse en ineficaz. Aquí ya no estaremos hablando de la invalidez sino de la ineficacia en sentido estricto. En realidad, la ineficacia en sentido amplio incluye la invalidez y la ineficacia en sentido estricto.

«La invalidez comprende cualquier defecto originario de los actos de autonomía privada que implica a veces la inidoneidad para producir efectos, otras veces la precaria estabilidad de los mismos».<sup>1</sup>

Ahora exclusivamente hablaremos de la invalidez y, en particular, de la nulidad y de la anulabilidad.

«El derecho positivo no conoce una categoría del acto o del contrato válido, la cual es por eso mismo una creación doctrinal. La noción de invalidez nace y se desarrolla en dependencia directa con la afirmación y el desarrollo de la teoría del negocio jurídico».<sup>2</sup> En efecto, la categoría de la invalidez nace «en estricta conexión con la teoría del negocio jurídico, como calificación reservada al hecho jurídico concreto [*fattispecie*] que se presenta como negocio».<sup>3</sup>

---

\* Abogado. Magíster por la Universidad di Roma «Tor Vergara». Profesor honorario de la Universidad Particular de Chiclayo. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> PERLINGIERI, P. y R. FAVALE. «Patologia nella fase genetica dei contratti». En *Manuale di diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche italiane, 1997, p. 408.

<sup>2</sup> MAZZONI, Cosimo Marco. «Invalidità» (*Diritto privato*). En *Enciclopedia giuridica*. Vol. XVII. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1989, p. 1.

<sup>3</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milán: Giuffrè Editore, 2001, p. 734.

Existen dos caminos para analizar las patologías negociales<sup>4</sup> y, en particular, las patologías contractuales.

El primer camino es aparentemente cómodo. Es fácil acceder cuando se parte de la premisa que la patología negocial, no es un fenómeno que se refiere a los conceptos, sino a la solución de los problemas prácticos. El legislador no tiene, o mejor no debe tener, algún condicionamiento dogmático que impida la obtención de sus objetivos de orden social o la valoración de los intereses en juego. El segundo es más difícil y compromisorio, para emprender la obra requiere una toma de posición sobre el modo de entender la relación entre investigación doctrinal y elección legislativa, y sobre la misma razón de ser de la ciencia jurídica<sup>5</sup>.

Optamos por el segundo camino. ¿Existe una compatibilidad entre las categorías jurídicas de los denominados «contrato nulo» y «contrato viciado» con las normas jurídicas que regulan las causales de nulidad y de anulabilidad?

Un contrato es válido cuando existe «correspondencia estructural entre el hecho jurídico concreto [*fattispecie*] subordinado al juicio y la previsión normativa que fija las características del contrato». <sup>6</sup> En cambio, la «ausencia de correlación entre el hecho y la previsión normativa dará lugar a la invalidez». <sup>7</sup> Por ejemplo, el contrato es nulo si su finalidad es ilícita. La licitud es una cualidad que toda finalidad del contrato debe tener. El ordenamiento jurídico califica de nulos a aquellos contratos que contengan finalidades ilícitas.

«Contrato» significa «acuerdo idóneo para producir el efecto correspondiente»; «contrato nulo» es un sintagma que añade, a la mención del contrato, la mención inidoneidad para producir el efecto. «Contrato nulo» es, visiblemente, una «contradicción» por que el jurista «llama con un solo nombre el contrato válido y el contrato nulo». <sup>8</sup>

<sup>4</sup> *Sobre patología del negocio*: TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Editado por Giuseppe Trabucchi. 41.ª ed. Padua: CEDAM, 2004, p. 149: «Son, en verdad, todos los casos en los cuales la desviación de las reglas de vida del negocio lleva un defecto que puede ser mortal. Algunos vicios, más o menos graves, se hallan en la constitución del acto, otros se manifiestan por el contrario en la vida sucesiva, en su funcionamiento».

<sup>5</sup> UGAS, Anna Paola. *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*. Vol. 60. Serie I (Giuridica). Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Turín: Giappichelli Editore, 2002, p. 254.

<sup>6</sup> SACCO, Rodolfo. «Il contratto invalido». En *Il contratto*. T. II. 3.ª ed. Turín: UTET, 2004, p. 494.

<sup>7</sup> *Ib.*, pp. 523-524.

<sup>8</sup> *Ib.*, p. 498. Comparte este criterio: FILANTI, Giancarlo. «Nullità» (*Diritto civile*). *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXI. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, p. 3: «En conclusión, la uniformidad del significado del «negocio nulo» responde a una equivocada exigencia de racionalización del lenguaje del legislador».

La regulación jurídica de los contratos nulos y viciados se basa en determinar que la nulidad es un «vicio más grave» y que la anulabilidad es un «vicio menos grave».<sup>9</sup> La «nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos. Por el contrario del acto anulable se suele decir que produce precariamente sus efectos típicos, pero puede ser reducido en nulidad por un hecho sucesivo (que normalmente será el pronunciamiento judicial precedida de la demanda del legitimado)».<sup>10</sup> La «violación del interés colectivo se presentará como desorden inaudito, un vicio gravísimo, mientras la lesión del interés individual figurará como vicio más leve, una imperfección».<sup>11</sup>

El vicio gravísimo implicará, además de la estimación de oficio, la no convalidabilidad, la imprescriptibilidad del remedio (aquello es más que obvio). Y será merecedor de una respuesta apropiada, o sea la respuesta más gravosa entre aquellas que figuran en el repertorio de los instrumentos legales: la nulidad absoluta. El vicio leve implicará la sanción ligera: la provisionalidad, la removibilidad de los efectos jurídicos del acto.<sup>12</sup>

Entonces las diferencias entre nulidad y anulabilidad se sintetizan en cuatro elementos (prescriptibilidad, relatividad, sanabilidad, apreciabilidad de oficio) que «aparecen recíprocamente ligados uno del otro, si existen los cuatro juntos, o faltan todos los cuatro».<sup>13</sup>

<sup>9</sup> SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 495.

<sup>10</sup> *Ib.*, p. 522.

<sup>11</sup> *Ib.*, p. 523.

<sup>12</sup> *Ib.*, pp. 523-524.

<sup>13</sup> *Ib.*, p. 528. Conforme a esta posición: TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 15.ª ed. Milán: Giuffrè Editore, 2003, pp. 231-238. Esta posición pragmática de establecer las diferencias entre nulidad y anulabilidad ha sido tomada en cuenta en nuestra doctrina salvo en cuanto a la apreciabilidad de oficio: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La autonomía privada: Sus limitaciones frente a las leyes imperativas y al orden público». En *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 278: «Por ello, la diferencia entre el acto jurídico afecto de nulidad y el anulable no estriba en que uno no produce efectos jurídicos y el otro sí sino en las siguientes cuestiones: a) El plazo de prescripción del acto afectado de nulidad es de diez años y el del acto anulable es de dos años (artículo 2001, inciso 4), b) La legitimación para pedir la declaración judicial de nulidad del acto jurídico la tienen las partes afectadas, el que tiene legítimo interés y el Ministerio Público. En el caso de la anulabilidad, la legitimación solo la tiene la parte afectada (artículo 230 del Código Civil), c) En el acto afectado de nulidad cabe la conversión legal (como es el caso de los artículos 703 y 1829 del Código Civil); en el acto anulable, la confirmación (artículo 230 del Código Civil)».

Los artículos 219<sup>14</sup> y 221<sup>15</sup> del Código Civil peruano (en adelante CC) regulan la invalidez del contrato. Legislativamente, el contrato es nulo por falta de acuerdo, incapacidad absoluta, objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable, fin ilícito, simulación absoluta, ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad, causal de nulidad expresa y causal de nulidad virtual. El contrato es viciado por incapacidad relativa, error, dolo, violencia moral y por causal de anulabilidad expresa. Como se puede observar, se colocan desordenadamente causales que se refieren a la nulidad y a la anulabilidad sin precisar los criterios diferenciadores.

Parecería que el legislador peruano siguió un camino simplista conforme lo expuso en su momento Luigi Cariota-Ferrara. La invalidez «tiene lugar todas las veces que falta uno de los requisitos de validez» y, en resumen, «se

<sup>14</sup> Artículo 219 del Código Civil del Perú.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo v del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

[Artículo 1418 del Código Civil italiano. Causas de la nulidad del contrato.- El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario. Producen la nulidad del contrato la falta de alguno de los requisitos indicados por el artículo 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el artículo 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el artículo 1346. El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por la ley]

<sup>15</sup> Artículo 221 del Código Civil del Perú.- El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

[Es incomprensible calificar al contrato disimulado como anulable. El derecho del tercero no es un requisito de validez. Otros códigos regulan la anulabilidad con mejor técnica legislativa:

Artículo 1425 del Código Civil italiano. Incapacidad de las partes.- El contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar. Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el art. 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad. También:

Artículo 1427 del Código Civil italiano. Error, violencia y dolo.- El contratante cuyo consentimiento hubiere sido dado por error, u obtenido con violencia, o propiciado mediante dolo, puede demandar la anulabilidad del contrato, según las disposiciones siguientes].

tiene invalidez cuando falta un requisito legal o voluntario de validez».<sup>16</sup> En su momento, Renato Scognamiglio dijo que esta concepción

parte de un círculo vicioso, en el fondo, cuando la invalidez se deduce, como hace la doctrina predominante, de la ausencia o vicio de un elemento esencial, o —y aquí la cosa es aun más clara— de un requisito de validez. A pesar de las apariencias, la fórmula «elemento esencial» no puede conducir a ningún resultado satisfactorio: basta señalar que el máximo esfuerzo realizado por la doctrina para identificar dichos elementos consiste en poner en evidencia su relevancia para la validez. La otra fórmula, «requisito de validez», está aun más estrictamente ligada a las vicisitudes de la noción de invalidez: de hecho, ella indica aquel requisito cuyo defecto implica que el negocio sea inválido. De ello se deriva que no se realiza ningún progreso cuando, para definir nuestra figura, se recurre al requisito de validez; por el contrario, y como se señalaba antes, así se incurre en una tautología propiamente dicha.<sup>17</sup>

Los conceptos de contrato nulo y de contrato viciado deben tener contenidos claros de entendimiento para los operadores jurídicos. Revisaremos las principales teorías de la invalidez desarrolladas por la doctrina y propondremos una nueva lectura de las patologías del contrato. Según la teoría de la invalidez que se siga, se tendrá un concepto de negocio jurídico.

En la teoría de la invalidez y más en general de la patología negocial, se repropone con urgencia la solución del problema de la naturaleza del acto negocial. Se confirma una vez más una razón de la necesidad de ir más allá de la categoría del acto jurídico. Esta última no sólo no explica la vinculación entre el acto negocial y los efectos, pero ni siquiera la disciplina y el sistema de las normas que concierne al negocio.<sup>18</sup>

Compartimos tal aseveración. La categoría del «acto jurídico en sentido estricto» es insuficiente para explicar la teoría de la invalidez. La buena comprensión que se tenga de la invalidez dependerá mucho del concepto de negocio jurídico que se adopte. Cada operador jurídico debería manejar un marco teórico adecuado a fin de poder aplicar coherentemente la teoría de la invalidez a la praxis.

---

<sup>16</sup> CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Nápoles: A. Morano Editore, 1948, p. 335.

<sup>17</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2.<sup>a</sup> ed. Nápoles: Casa Editoriale Dott - Eugenio Jovene S.N.C., 1969, p. 357. También, véase: *id.*, *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Edición, traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 461-462.

<sup>18</sup> UGAS, Anna Paola. *Op. cit.*, p. 254.

## 2. Validez, invalidez, eficacia e ineficacia del contrato

El artículo 140<sup>19</sup> del CC establece normas de producción que son «reglas del ordenamiento, es decir, que prevén y disciplinan un particular modo de incluir reglas de derecho, al acto de autorreglamentación de los privados».<sup>20</sup> «Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos, que la ley prevé como necesarios, por que tal tipo de acto puede *valer* como fuente de auto-disciplina, nosotros decimos que aquél acto es *válido*: o, que es *en sí idóneo* para producir sus específicos efectos jurídicos».<sup>21</sup> El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal.

Entonces, «la validez indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Por el contrario la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio».<sup>22</sup> El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además, idoneidad funcional.

Pero no todo contrato válido es eficaz. El caso típico es un contrato celebrado bajo una cláusula de condición suspensiva. El contrato es válido pero es ineficaz provisionalmente hasta que se produzca el hecho futuro e incierto previsto por las partes. Otro ejemplo es el contrato válido pero ineficaz provisionalmente hasta su ratificación. Si un copropietario arrienda un bien sin la participación de los otros copropietarios, el contrato es válido pero ineficaz porque el copropietario que arrendó unilateralmente carece de legitimación, pero los otros copropietarios pueden ratificarlo.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Artículo 140 del Código Civil del Perú.- *El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

<sup>20</sup> ZATTI, Paolo. «I fatti e gli atti giuridici». En *Lineamenti di diritto privato*. 10.<sup>a</sup> ed. Padua: CEDAM, 2005, p. 120.

<sup>21</sup> ZATTI, Paolo. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>22</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, Il contratto*. Vol. II. Nuova ristampa con aggiornamento. Milán: Giuffrè Editore, 1998, pp. 496-497.

<sup>23</sup> *En la siguiente norma, el legislador regula imperfectamente la legitimación como si fuera un requisito de validez y se hace mención al consentimiento en lugar del asentimiento. En todo caso, los otros copropietarios pueden celebrar un negocio jurídico de ratificación del contrato en que ellos no participaron. En ese caso, debemos entender que el contrato será eficaz por la ratificación de los otros copropietarios: Artículo 1669 del CC.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de*

La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). «La eficacia indica la productividad de los efectos jurídicos. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos. En general el efecto jurídico es una mutación jurídica, es decir el cambio de una situación de derecho».<sup>24</sup>

Desde una perspectiva estática, el contrato es fuente de situaciones jurídicas subjetivas o fuente de la modificación, regulación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

Desde una perspectiva dinámica, el contrato se sitúa ante la situación jurídica subjetiva modificada, regulada o creada, y se verifica de qué modo el contrato —que ha sido su fuente— continúa siendo eficaz, idóneo, para que, a través de dicha situación, alcance los fines prácticos que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

Por tanto, el contrato será plenamente eficaz no solo cuando configura idóneamente una situación jurídica subjetiva, sino, además, cuando la situación jurídica subjetiva, idóneamente constituida, realiza plenamente las finalidades de las partes.

Así, la ineficacia es la improductividad de los efectos del contrato. La ineficacia puede ser provisional por una situación de incertidumbre que puede convertirse en una situación de plena eficacia del negocio. La ineficacia definitiva indica una situación definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos por razones estructurales y funcionales.

Un contrato puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada situación jurídica subjetiva o porque, aun cuando ha configurado esa situación idóneamente, ella deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a las partes a celebrar el contrato. La existencia de estas dos perspectivas supone aceptar que hay ciertos supuestos en que la ineficacia es inherente al contrato en razón de defectos o vicios constitutivos, en tanto que hay otros supuestos en que la ineficacia sobreviene en razón de que las estipulaciones del contrato, intrínsecamente idóneas, dejan de constituir, para los sujetos, una regulación de intereses idónea para su realización.

El contrato válido «está provisto de todos los requisitos de la ley pero hay ausencia de eficacia porque hay un defecto en una circunstancia diversa de los constitutivos del negocio, externa respecto a ellos, la cual está subordinada a la producción de los efectos jurídicos».<sup>25</sup> Así, un contrato válido

---

*los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.*

<sup>24</sup> BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 494.

<sup>25</sup> SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 505.

puede convertirse en ineficaz si sobreviene una causal sobreviviente de incumplimiento grave de las obligaciones. El acreedor ya no tendrá interés en la ejecución de las prestaciones y, por eso, podrá ejercer su derecho para resolver el contrato por el grave incumplimiento de las obligaciones del deudor.

La invalidez es la irregularidad jurídica del contrato que implica la ineficacia definitiva.

[La] invalidez es en efecto una calificación de irregularidad del contrato mientras la ineficacia se refiere al momento efectual, indicando en general la no productividad de los efectos jurídicos. En sentido estricto la ineficacia se entiende como ineficacia provisoria, designando una situación de incertidumbre que puede llegar a la plena eficacia del contrato. Por el contrario la ineficacia definitiva indica una situación ya definitiva en el sentido de la improductividad de los efectos.<sup>26</sup>

Por eso, la invalidez no implica necesariamente la ineficacia del contrato. «El contrato nulo es *definitivamente ineficaz*. El contrato anulable, por el contrario, es eficaz, y esto es productivo de sus efectos, hasta que no inter venga una eventual sentencia de anulación».<sup>27</sup>

El ordenamiento jurídico reconoce a los privados

el poder de realizar declaraciones negociales (autonomía privada), en tanto atribuye a tales declaraciones valor y efectos jurídicos en tanto se enmarquen dentro de los límites que el ordenamiento mismo establece para la actuación de la autonomía privada. Si tales límites son sobrepasados o violados o inobservados, la sanción que se impone a la actividad del privado que buscaba los efectos jurídicos es la invalidez.<sup>28</sup>

En ese mismo sentido, se ha dicho que la invalidez es una sanción que implica «la *inidoneidad del acto a conseguir los efectos* que está dirigido».<sup>29</sup>

Cuando «un acto no tiene todos los requisitos establecidos por la ley, o presenta un *vicio* (un defecto) en uno de los requisitos, debemos concluir que no es en sí idóneo para producir sus efectos. Esta conclusión viene expresada diciendo que el acto es *inválido*».<sup>30</sup>

También se ha definido a la invalidez como un supuesto de defecto estructural al no existir una coligación estructural porque «el hecho jurídico

<sup>26</sup> BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 574.

<sup>27</sup> *Ib.*

<sup>28</sup> TORRENTE, Andrea y Piero SCHLESINGER. *Manuale di diritto privato*. 17.<sup>a</sup> ed. Milán: Giuffrè Editore, 2004, p. 249.

<sup>29</sup> PARADISO, Massimo. *Corso di istituzioni di diritto privato*. Turín: Giappichelli Editore, 2001, p. 351.

<sup>30</sup> ZATTI, Paolo. *Op. cit.*, p. 121.

concreto [*fattispecie*] no es intrínsecamente apto para la producción de efectos jurídicos». <sup>31</sup>

### 3. Concepción orgánica de la invalidez

Según la concepción orgánica del negocio jurídico y del contrato, la invalidez debe basarse en

las patologías de las «condiciones» subjetivas de libertad y conocimiento (capacidad y vicios de la voluntad) en que se halla el autor del negocio jurídico; mientras la nulidad es una sanción que se refiere a las patologías referidas a la *reglamentación* de intereses que el negocio jurídico expresa (ilicitud, inmoralidad o completitud de los elementos estructurales esenciales). <sup>32</sup>

Por doctrinas orgánicas, «se entienden aquellas que ven en el contrato como un *quid* de orgánico. En ellas, El contrato, como el negocio, es cualquier cosa que nace, se desarrolla y extingue, como conjunto de elementos, esenciales y menos esenciales, acompañados de determinadas «cualidades» (el objeto debe ser *posible, lícito y determinado y/o determinable*)». <sup>33</sup>

Giovanni Battista Ferri descubre que la fuente directa de la regulación de la nulidad y de la anulabilidad del Código Civil italiano es el Código Civil alemán. Este descubrimiento ha sido valorado por la doctrina reciente. <sup>34</sup> Para entender el sentido de las normas, nos informa sobre el significado de los referidos conceptos. Este descubrimiento es perfectamente aplicable a nuestro CC porque el legislador peruano importó las normas del Código italiano en materia de derecho de los contratos. Las conclusiones a las que arriba el profesor deben tenerse en cuenta en nuestro sistema jurídico.

Para el legislador alemán, aparece central el rol llamado a desarrollar por la voluntad en la construcción del negocio jurídico, el cual expresa una *reglamentación* de

<sup>31</sup> GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. 10.<sup>a</sup> ed. Aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 961.

<sup>32</sup> FERRI, Giovanni Battista. «Introduzione alla invalidità». En Adolfo di Majoi, Giovanni Battista y Massimo Franzoni (eds.). *Il contratto in generale, Trattato di Diritto privato*. Vol. XIII. T. VII. Turín: Giappichelli Editore, 2002, pp. 16-17. Id. «Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)». En *Studi sull'autonomia privata dei privati*. Turín: UTET, 1997, pp. 119-120.

<sup>33</sup> DI MAJO, Adolfo. «La nullità». En Adolfo de Majoi, Giovanni Battista Ferri y Massimo Franzoni (eds.). *Il contratto in generale. Trattato di Diritto privato*. Vol. XIII. T. VII. Turín: Giappichelli Editore, 2002, p. 42.

<sup>34</sup> VENOSTA, Francesco. *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*. Vol. I: *Nullità e inesistenza del contratto*. Milán: Giuffrè, 2004, p. 65 (nota 141).

intereses, que se *objetiviza* a través de una declaración de voluntad o un comportamiento voluntario, realizados por uno o más *sujetos*. Haciendo reserva de tal definición, las patologías (en la forma de nulidad e impugnabilidad-anulabilidad) asumen relevancia en dos direcciones: aquella referente a la *regla* y aquella referente, por así decirlo, a la «condición» en que puede hallarse el *sujeto* que a tal regla le ha dado vida. Las patologías destinadas a incidir sobre la *regla* (ilicitud, inmoralidad, ausencia de forma y absoluta ausencia de la voluntad que necesariamente está destinada a incidir sobre la existencia misma de la regla) conducen a la nulidad del negocio; por el contrario aquellas que se refieren a la «condición» en que puede hallarse el sujeto y que, más precisamente, inciden sobre la plena libertad y sobre el pleno conocimiento de su querer (error vicio, error obstativo, dolo y violencia moral) implican la impugnabilidad-anulabilidad.<sup>35</sup>

El Código Civil italiano recogió estos conceptos y, por eso, la nulidad como *sanción* busca

salvaguardar los *principios* y los *valores* sobre los cuales se funda el ordenamiento jurídico estatal y la sociedad en que se expresa, como es evidente, como se refieren los negocios ilícitos o inmorales, pero no es menos evidente también en el caso de nulidades derivadas de la ausencia, en la estructura del negocio, de aquellos elementos que el ordenamiento estatal considera fundamentales, para que una regla privada tenga aquella necesaria *evidencia estructural* que le permita producir efectos, sobre el plano del sistema del ordenamiento estatal. Por el contrario, a través de la *sanción* de anulabilidad, vienen evidenciadas (y, consecuentemente, se da la posibilidad de sancionar) los desequilibrios que son determinados entre los intereses de los privados, negocialmente regulados; desequilibrios derivados del hecho que la regla negocial, seguidamente de un vicio o de una condición de incapacidad de uno de los contratantes, no ha sido, en concreto, expresión de una voluntad en grado de asumir valoraciones y decisiones plenamente conscientes y autónomas.<sup>36</sup>

La sanción de nulidad es coherente con el carácter de «reglas de juego» de las normas privatísticas. La nulidad, en efecto, se resuelve en un rechazo de tutela, no modifica la posición real de los sujetos, no constituye un instrumento de dirección de la autonomía privada, pero expresa solamente la posición de una prohibición: aquello de realizar resultados en contraposición con los cánones reglamentarios y los principios del ordenamiento

y junto

a las normas concernientes a las reglas de juego contractual, las condiciones primarias de reconocimiento de la autonomía privada, se coloca en el sistema del código

<sup>35</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico*. 2.ª ed. Padua: CEDAM, 2004, pp. 269-270.

<sup>36</sup> *Ib.*, pp. 273-274.

otro grupo de reglas que garantizan la *regularidad del juego*, en particular la regularidad del procedimiento de formación del acuerdo, a fin que un sujeto —parte de una relación contractual— se halle vinculado a un contrato que no ha efectivamente querido.<sup>37</sup>

Las reglas del juego y la regularidad del juego no son otra cosa que el reglamento de intereses y las condiciones del sujeto. El contrato nulo es aquel contrato incompatible con las reglas de juego o por ilicitud o por ausencia de elementos y requisitos. El contrato viciado es aquel contrato incompatible con la regularidad del juego, que tiene un vicio en las condiciones del sujeto por ausencia de libertad y de conocimiento.

Estos conceptos de nulidad y de anulabilidad no fueron recibidos plenamente por la doctrina ulterior y, por el contrario, se desarrolló una concepción social de la invalidez que no sobresale precisamente por su claridad a fin de aplicarla a la realidad.

#### 4. Concepción social de la invalidez

[El] negocio y/o el contrato se reconoce no tanto como la expresión o la manifestación de una regla individual sino de un conjunto económico-social, del cual se requiere el reconocimiento por parte del ordenamiento. En tal caso, la nulidad no es más la consecuencia lógico-deductiva (de la ausencia) de la regla y/o de la condición del sujeto sino es *un instrumento de control* acerca del carácter digno de los intereses que los sujetos intentan perseguir por la vía del ordenamiento. De la nulidad el ordenamiento es árbitro en cuanto ya no está vinculado y/o limitado de deber respetar el contenido individual-voluntario de la regla negocial. La *nulidad-límite* es ahora la calificación más apropiada de un instrumento que tiene la función de control de la autonomía privada.<sup>38</sup>

De conformidad con esta concepción, la nulidad se convierte en un «instrumento para limitar la libre disposición de las partes, para garantizar más justamente las relaciones sociales y dirigir la circulación y el aprovechamiento de los bienes según esquemas programados y perseguidos por el sistema».<sup>39</sup>

<sup>37</sup> BARCELLONA, Pietro y Carmelita CAMARDI. *Le istituzioni del diritto privato*. Nápoles: Jovene Editore, 2002, p. 198.

<sup>38</sup> DI MAJO, Adolfo. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>39</sup> TOMMASINI, Raffaele. «Invalidità» (*Diritto Privato*). En *Enciclopedia del Diritto*. T. XXII. Varese: Giuffrè Editore, 1972, p. 876.

Así surge la concepción social de la invalidez.

La teoría de la invalidez tuvo una construcción importante por parte de Emilio Betti en el marco de una concepción social de la invalidez. Las anomalías del negocio jurídico estaban clasificadas en defectos de presupuestos de la autonomía privada, deficiencia del elemento objetivo del negocio y vicios del elemento subjetivo del negocio.

[La] ausencia o vicio de presupuestos de validez del negocio jurídico puede afectar: a) la capacidad de las partes, y más exactamente, a su aptitud genérica para dar vida a un negocio de tipo contemplado y provocar los efectos jurídicos; b) la legitimación o competencia de las partes en orden a los intereses concretos que pretenden regular; c) idoneidad del objeto de tal negocio.<sup>40</sup>

Por el contrario, la deficiencia del elemento objetivo del negocio jurídico se refiere a la formalidad, al contenido y a la causa.<sup>41</sup> Pueden «producirse vicios del negocio que se refieran a la *forma*, cuando no haya sido empleada una adecuada, o por no observar la forma solemne prevista por el tipo del negocio en cuestión».<sup>42</sup>

En cuanto al contenido es «el que depende, o de una insuficiente formulación del precepto de autonomía privada, o de una falta de correlación con alguno de los tipos de actos admitidos por la conciencia social para la autorregulación de intereses privados».<sup>43</sup>

[Los] vicios concernientes a la causa son aquellos que pueden afectar al negocio, cuando, pese a realizarse en forma adecuada y regular, y ofrecer un contenido preceptivo que se incluya en el cuadro de los tipos admitidos, se le haga servir a un fin o interés de carácter ilícito, es decir, reprobado por normas prohibitivas o contrario al orden público o a la buena costumbre (cod. civ. 1343), o bien cuando existan defectos de la causa típica idónea para justificar la tutela del Derecho.<sup>44</sup>

Betti incluyó los supuestos de ilicitud moral de la causa, de ilicitud jurídica de la causa y de simulación.

Por último, los vicios del elemento subjetivo del negocio se refieren «a) al acto, una voluntad hacia el acto mismo; b) al contenido, una conciencia suficiente para justificar la estimación social del acto como vinculante; c) a

<sup>40</sup> BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2.<sup>a</sup> ed. Editado por Giuliano Crifò. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 366.

<sup>41</sup> *Ib.*, pp. 369-409.

<sup>42</sup> *Ib.*, p. 370.

<sup>43</sup> *Ib.*, p. 371.

<sup>44</sup> *Ib.*, p. 372.

la causa, una determinación causal de la voluntad dirigida a ella». <sup>45</sup> Los supuestos de estos vicios son el error en la declaración, error en la determinación causal, el dolo y la violencia moral.

Concluyó Betti <sup>46</sup> diciendo que es «nulo el negocio que, por deficiencia de algún elemento esencial correspondiente a la configuración requerida, es inidóneo para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el derecho vincula al respectivo tipo legal en conformidad con la función económico-social que le es característica». En «general se puede decir que la anulabilidad se presenta cuando falte un *presupuesto de validez*, o bien, cuando un elemento esencial del negocio está precisamente *viciado*; mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento constitutivo del negocio está propiamente ausente o deficiente en la configuración de la ley requerida». <sup>47</sup>

El pensamiento de Betti influyó en la doctrina italiana sucesiva. Se ha dicho que el contrato es nulo «a) cuando hay ausencia de un *elemento esencial* [acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma requerida para la validez del acto]; b) cuando es *ilícito*, vale decir contrario a normas imperativas, al orden público y a la buena costumbre». <sup>48</sup> La anulabilidad del contrato es prevista esencialmente en dos situaciones: «1) en los casos de *incapacidad legal*, debida a la *minoría de edad*, *interdicción*, *inhabilitación*, así como en los casos de *incapacidad natural*» y «2) [a]sí como en presencia de un *vicio del consentimiento: error, dolo y violencia*». <sup>49</sup> De allí que la invalidez indica «la *existencia de un defecto originario* del acto (y aquí, en especial, del contrato), y esto es la *ausencia o el vicio de un elemento* que el legislador juzga *esencial* para que el acto (o el contrato) sea *idóneo para producir consecuencias jurídicas*». <sup>50</sup>

En el marco de la misma teoría bettiana, entre nosotros Lizardo Taboada estableció que en el «caso del negocio jurídico nulo estamos en presencia de un negocio que no se ha llegado a formar válidamente por carecer de algún elemento, presupuesto o requisito, o por tener un contenido ilícito que atenta contra los fundamentos del sistema jurídico, es decir, el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas». <sup>51</sup> Hay falta de mani-

<sup>45</sup> *Ib.*, p. 409.

<sup>46</sup> *Ib.*, p. 462.

<sup>47</sup> *Ib.*, p. 463.

<sup>48</sup> GALLO, Paolo. *Istituzioni di diritto privato*. 2.<sup>a</sup> ed. Turín: Giappichelli Editore, 2003, p. 300.

<sup>49</sup> *Ib.*, p. 305.

<sup>50</sup> ZATTI, Paolo. *Op. cit.*, p. 465.

<sup>51</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002, p. 317. Siguiendo el esquema de Taboada, PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 127, divide en dos

festación de voluntad cuando el sujeto emite privado de discernimiento por una causa pasajera, cuando se emite con propósito no vinculante, cuando se emite bajo violencia física sobre el sujeto y cuando el sujeto es absolutamente incapaz.<sup>52</sup> El negocio jurídico simulado es nulo tanto en simulación relativa como simulación absoluta.<sup>53</sup> También el negocio jurídico es nulo por ilicitud de la causa<sup>54</sup> cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable,<sup>55</sup> cuando no revista la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad<sup>56</sup> y cuando la ley lo declare nulo.<sup>57</sup> La nulidad virtual o tácita del negocio jurídico se producirá «cuando atente contra el orden público o las buenas costumbres, o cuando sea contrario a normas imperativas, si otra sanción no se deduce de la ley».<sup>58</sup>

Por el contrario, en el caso de los negocios jurídicos anulables no se trata de un acto que carezca de algún elemento o presupuesto, o cuyo contenido sea prohibido, sino de negocios que cumplen la mayor cantidad de sus aspectos estructurales, pero que tienen un vicio en su conformación que supone la ausencia de determinados requisitos, razón por la cual tampoco son válidos.<sup>59</sup>

En estos tres casos,

---

*grupos las causales de nulidad: «Así, por un lado se deben considerar las causales que responden a una defectuosidad del supuesto de hecho en que consiste el negocio jurídico, o, en otros términos, las causales que se refieren a poner de relieve algún defecto en los componentes de la estructura negocial (quedando para un examen posterior si los componentes ausentes o afectados, y que generan la nulidad, pueden subsumirse en uno o más grupos de ellos, es decir, si son presupuestos, elementos o requisitos) [...] En un segundo grupo se pueden agrupar las causales que se refieren a la ilicitud del negocio por contravención a las normas imperativas, en forma expresamente sancionada o en forma virtual». La nulidad es analizada como sanción por ESCOBAR ROZAS, Freddy. «Causales de nulidad absoluta». En Código Civil comentado. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 913-914: «La invalidez negocial presupone la existencia de un “juicio de conformidad” en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las “directrices” establecidas por el ordenamiento jurídico. El fenómeno indicado (“incumplimiento de las directrices”) se presenta cuando por lo menos alguno de los «elementos» (manifestación de voluntad, objeto y causa) o de los “presupuestos” (sujetos, bienes y servicios) del negocio no presenta alguna de las condiciones o características exigidas por el ordenamiento jurídico. La invalidez viene a constituir una sanción que el ordenamiento jurídico impone al negocio que presenta “irregularidades”».*

<sup>52</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op. cit.*, pp. 433 y 445.

<sup>53</sup> *Ib.*, pp. 340-341 y 446-447.

<sup>54</sup> *Ib.*, p. 447.

<sup>55</sup> *Ib.*, pp. 335 y 433.

<sup>56</sup> *Ib.*, p. 341.

<sup>57</sup> *Ib.*, pp. 341-342.

<sup>58</sup> *Ib.*, pp. 342 y 448.

<sup>59</sup> *Ib.*, p. 318.

error, dolo y violencia moral o intimidación, resulta claro que estamos frente a causales de anulabilidad, por tratarse de actos jurídicos en los cuales ha existido una voluntad correctamente declarada, sólo que por haber sido dicha voluntad anormal o viciosamente formada, corresponde a la víctima la opción de confirmar el acto o solicitar judicialmente su declaración de nulidad.<sup>60</sup>

La nulidad dependería de la violación de una norma que protege un interés general y la anulabilidad dependería de la violación de una norma que protege un interés individual de la parte. La nulidad supone

a) la ineficacia total y original del negocio. b) La imposibilidad de que el negocio sea «saneado». c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que compruebe su existencia. d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio. e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada. f) La posibilidad que terceros con interés puedan accionar para que sea declarada.<sup>61</sup>

Scognamiglio criticó duramente esta teoría social de la invalidez diciendo que

la doctrina imperante habla de elementos «esenciales» o «constitutivos», cuya ausencia implica nulidad-inexistencia o irrelevancia del negocio: ella, en resumen, aprecia su relevancia jurídica desde el punto de vista, negativo, de la consecuencia de la ausencia de los mismos. Por lo tanto, cuando se afirma que la invalidez consiste en el defecto o en el vicio de los elementos constitutivos [...] no se afirma, en lo sustancial, nada nuevo para efectos del conocimiento de dicha figura. Y si se habla de elementos esenciales para la existencia (e inexistencia) del negocio (según la tendencia que distingue inexistencia e invalidez), se descarta *a priori* la posibilidad de arribar, por este camino, a establecer la noción de invalidez, y por lo tanto, ni siquiera se plantea la cuestión antes señalada.<sup>62</sup>

Así las cosas,

el camino de la identificación de una categoría de elementos relevantes para la validez no sólo no permite lograr comprender la esencia del fenómeno; en realidad, la referencia misma que se hace a tales elementos parece estar privada de fundamento jurídico. Nuestro ordenamiento no prevé, en efecto, ni siquiera implícitamente,

---

<sup>60</sup> *Ib.*, p. 344.

<sup>61</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, pp. 914-915.

<sup>62</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico. Op. cit.*, p. 357 (nota 42). También, véase: *id.* *Contribución a la teoría del negocio jurídico. Op. cit.*, p. 461 (nota 42).

una categoría de elementos homogéneos de cuya ausencia pueda depender la invalidez.<sup>63</sup>

## 5. Concepción normativa de la invalidez

Es evidente que la concepción social de la invalidez ha prevalecido, pero estimamos que la teoría que describiremos a continuación es más clara que la anterior.

A diferencia de las otras teorías,

mediante la nulidad el ordenamiento reafirma la supremacía de las normas que limitan la autonomía privada y, por ello, se puede diversamente sostener que la nulidad constituye la solución de un conflicto entre normas de fuente publicística (como la ley) y normas de fuente privada (como el contrato), del mismo modo como acontece en el conflicto de normas de fuente publicística (leyes constitucionales y leyes ordinarias, normas de leyes y normas reglamentarias) cuando la norma de grado inferior sea ilegítima por contrariedad a la norma de grado superior.<sup>64</sup>

La patología consistente en la anulabilidad tiene como función tutelar la libertad de decisión de quien efectúa el acto de autonomía, y el ordenamiento

se hace cargo de tutelar la persona en el ejercicio responsable de su autonomía. En otros términos, el instituto de la anulabilidad, en razón del complejo sistema normativo que la disciplina, sirve para salvaguardar en línea de máxima el libre ejercicio de la autonomía privada, a diferencia del instituto de la nulidad que sirve para hacer respetar los límites impuestos por la ley a la autonomía privada.<sup>65</sup>

Así, la invalidez más que sanción es un mecanismo de protección jurídica.<sup>66</sup>

La invalidez pasa a ser entendida como un mecanismo de tutela y ya no como sanción. En efecto, la «técnica, si se quiere, es aquella de la *conformación de poderes* que el ordenamiento atribuye a los privados para alcanzar los efectos deseados. La ausencia de la observancia de las *reglas de conformación*

<sup>63</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Op. Cit., p. 357. También, véase: id. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Op. cit., p. 462.

<sup>64</sup> MAJELLO, Ugo. «La patología discreta del contratto annullabile». *Rivista di Diritto civile*, fascículo 4, 2003, p. 337, Padua.

<sup>65</sup> MAJELLO, Ugo. Op. cit., p. 352.

<sup>66</sup> SCALISI, Vincenzo. «Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità». *Rivista di Diritto Civile*, n.º 2, marzo-abril, año XLIX, 2003, p. 208, Padua.

impide el logro de los efectos». <sup>67</sup> De esta forma, la nulidad «es un remedio <sup>68</sup>, pero no es una sanción punitiva». <sup>69</sup>

«La verdad es que las normas sobre la invalidez negocial, regulan no un hecho (jurídico) sino la producción de una norma y excluyen la existencia de una norma jurídica (no de un hecho jurídico, esta última operación totalmente inútil)». <sup>70</sup>

En verdad, este nuevo concepto de invalidez tiene relación con el poder que tienen los particulares de crear reglas para ellos mismos a través del negocio jurídico.

Si el privado no fuera dotado de autoridad normativa, ni siquiera podría ser destinatario de las normas que regulan la producción, así el legislador estaría impedido a priori de la tarea de incidir sobre este aspecto y guiar de tal modo la actividad de los privados. Sólo admitiendo una fuerza causal del privado sobre el negocio al legislador puede precisamente «disciplinar la fase de producción» y perseguir mediatamente ella específicas finalidades. La fuerza causal del privado sobre la regla negocial, no constituye por ello un postulado dogmático, ni una exigencia ideológica, sino un principio de racionalidad y de oportunidad, porque solo sobre tal presupuesto el ordenamiento puede interferir sobre la actividad de producción de normas privadas. <sup>71</sup>

Sobre el poder de los particulares de crear reglas se ha dicho que la «autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, en mayor o menor medida expeditos y fáciles de actuar, con cuya adopción el particular logra crear la regla jurídi-

---

<sup>67</sup> DI MAJO, Adolfo. «Tutela risarcitoria, restitutoria, sancionatoria». En *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXXI. Roma: Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990, p. 16.

<sup>68</sup> Los remedios contractuales son «instrumentos ofrecidos por la ley para resaltar el defecto que el contrato presenta, y para obtener, sobre esta base, la cancelación de sus efectos. La idea de «remedio» —es decir de instrumento de protección de un interés, actualmente o potencialmente lesionado— se relaciona a lo siguiente: si el remedio no se concreta, los efectos del contrato conservarán plena fuerza vinculante, y esto sería un resultado lesivo de cualquier interés merecedor de protección, porque son efectos derivados de un contrato defectuoso: el remedio sirve para evitar este resultado injusto o de cualquier modo no deseado, y por eso sirve para proteger el interés lesionado del defecto del contrato»: ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. Bologna: Monduzzi Editore, 1994, pp. 517-518. Asimismo, los remedios contractuales «son los medios ofrecidos por la ley para poner de manifiesto el defecto que el contrato eventualmente presenta, y para determinar —en razón del defecto mismo— la cancelación o la revisión de los efectos contractuales»: *id.* *Il contratto*. *Op. cit.*, p. 726.

<sup>69</sup> SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 525.

<sup>70</sup> UGAS, Anna Paola. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>71</sup> *Ib.*, p. 258.

ca». <sup>72</sup> Este planteamiento ha sido replicado indicando que la autonomía de los particulares «comienza mucho más allá (y mucho antes) de la verificación, en los hechos, de esta compatibilidad». <sup>73</sup> Para entender el rol de la autonomía privada y de la compatibilidad, es necesario referirnos al concepto de negocio jurídico.

Giovanni Battista Ferri <sup>74</sup> propone una hipótesis sobre el negocio como

acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume «relevancia» positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento. Se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal) que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde un punto de vista cualitativo como desde el punto de vista cuantitativo.

Y agrega que

no obstante la rigidez del sistema estatal, los particulares pueden, en concreto, y de todas formas, regular «negocialmente» sus propios intereses; pueden, por lo tanto, hacer referencia a aquella capacidad vinculante que, por naturaleza, es expresada por dicha regulación, aunque tal capacidad vinculante sea de menor grado que aquella que el Estado puede, ciertamente, asegurar, pero con perjuicio para su plena autonomía. <sup>75</sup>

Entonces, el negocio jurídico tiene «su valor como manifestación de autonomía que, en los hechos, la realidad (con mayor amplitud ciertamente) le confiere». <sup>76</sup>

<sup>72</sup> SACCO, Rodolfo. «Il fatto, l'atto, Il negozio», con la colaboración de Paola Cisiano. En *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*. Turín: UTET, 2005, p. 106.

<sup>73</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. 5.ª ed. Rimini: Maggioli Editore, 1995, p. 85. *Id.* *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León. Lima: Ara Editores, 2002, p. 157. *Id.* *Il negozio giuridico*. *Op. cit.* p. 70.

<sup>74</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. *Op. cit.*, pp. 83-84. *Id.* *El negocio jurídico*. *Op. cit.*, pp. 154-155. *Id.* *Il negozio giuridico*. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>75</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. *Op. cit.*, p. 85. *Id.* *El negocio jurídico*. *Op. cit.*, p. 156. *Id.* *Il negozio giuridico*. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>76</sup> FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico tra libertà e norma*. *Op. cit.*, p. 86. *Id.* *El negocio jurídico*. *Op. cit.*, p. 158. *Id.* *Il negozio giuridico*. *Op. cit.*, p. 71.

Para Giovanni Battista Ferri, el negocio jurídico es la expresión de un autónomo sistema de valores. El concepto de autonomía será fundamental para comprender su pensamiento. El negocio no es un hecho, es un valor; y este valor encuentra su eficacia o su validez, no ya en la adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, sino en un análisis *ex post* de compatibilidad con dichos valores. Según el profesor, el sentido del encuentro entre ordenamiento estatal y negocio no es tanto aquel de plegar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social con aquel expresado por las normas del ordenamiento. Por ello, se propone una hipótesis sobre el negocio jurídico como acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume positiva «relevancia» para el ordenamiento estatal cuando los valores, del cual es portador, sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa (juicio de compatibilidad entre el «negocio-valor» y el «valor-norma» del ordenamiento estatal). El negocio jurídico es jurídico, aunque no exista compatibilidad con los valores del ordenamiento estatal. En ese caso estaremos ante un negocio jurídico existente pero inválido.

En resumen, mediante

la identificación del negocio como norma se explica perfectamente cómo el negocio puede definirse productivo de los efectos a diferencia de los actos y de los hechos: éstos últimos en efecto no son normas pero solamente hipótesis de hecho [*fattispecie*]. La construcción del negocio como norma tiene también el mérito de dar cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos: la presencia del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa: tanto que, en manera independiente de la consideración del rol desarrollado por el negocio en la producción de los efectos, ella lleva de por sí solamente a hipotetizar la naturaleza normativa del negocio. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) sea atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho.<sup>77</sup>

En realidad el negocio como fenómeno jurídico ejecutado es solo aquel que produce efectos jurídicos. Antes de ser fenómeno jurídico es realidad material, de la cual se puede valorar la correspondencia o no al hecho jurídico [*fattispecie*] abstracto. Entonces se puede asumir del negocio una noción más genérica de aquella técnica, y aquello al fin de hacerlo objeto de juicio eventualmente también negativo por parte del ordenamiento.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> GAETANO SCOCA, Franco. *Contributo sul tema della fattispecie precettiva. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza*, n.º 18. Perugia: Università di Perugia, 1979, pp. 156-157.

<sup>78</sup> UGAS, Anna Paola. *Op. cit.*, p. 297.

Es claro que la validez implica el modo de los privados de crear ellos mismos sus normas, y la invalidez el modo en que el ordenamiento jurídico valora y califica las normas creadas por los particulares.

Entonces debemos considerar «el contrato nulo no ya como hecho jurídico concreto [*fattispecie*] incompleto o anómalo, sino como un modo de ser del contrato que se conecta a la imposibilidad jurídica de producir efectos, significa vincular el efecto de impedir la eficacia del contrato únicamente a la violación de una norma limitativa de la autonomía privada».<sup>79</sup>

El contrato nulo será aquel contrato que no produce normas conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico por ilicitud de la causa, ausencia de acuerdo, indeterminación o imposibilidad jurídica y física del objeto, ausencia de formalidad obligatoria y ausencia de capacidad de obrar absoluta según el CC.

En cambio, las «causas generales de anulabilidad conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el contrato refleje una correcta valoración de la conveniencia del negocio por parte de cualquier contratante. Ellas consisten en efecto principalmente en la incapacidad (legal o natural) y en los llamados vicios de la voluntad».<sup>80</sup>

El contrato viciado o anulable es aquel contrato carente de las condiciones de libertad y de conocimiento a fin de lograr consolidar la prohibición del abuso de una situación de disminución de la voluntad<sup>81</sup> en los casos de incapacidad de obrar relativa, error, dolo y violencia moral según el CC.

## 6. Nulidades «especiales»

Seguidamente describiremos las nulidades «especiales» y verificaremos si se adaptan a las causales de nulidad y de anulabilidad del CC.

Las nulidades de «prohibición» tienen la naturaleza jurídica de «cláusulas normativas generales»<sup>82</sup> y «representan una técnica de legislación, que se

<sup>79</sup> MAJELLO, Ugo. *Op. cit.*, p. 338.

<sup>80</sup> *Ib.*, p. 348.

<sup>81</sup> CORSARO, Luigi. *L'abuso del contraente nella formazione del contratto, Studio preliminare*. Perugia: Università di Perugia, 1979, p. 122.

<sup>82</sup> LEÓN, Leysser L. «La reforma del Código Civil vista en serio» *En Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad jurídica*. Vol. II. Trujillo: Editora Normas Legales, 2003, p. 23: «Los estudiosos italianos —que se han interesado por esta técnica desde mediados del decenio 1960-1970— consideran que las “cláusulas normativas generales” (*Generalklauseln*, en plural) —prefiero esta traducción castellana a calcar la italiana *clausole generali*— son “normas incompletas” o “fragmentos de normas” que “imparten al juez un

concreta en una remisión legal al juez a criterios sociales o metajurídicos nominados para la resolución de un supuesto planteado». La técnica legislativa de la «cláusula normativa general» es demasiado vaga y crea indudablemente incertidumbre jurídica.

Un ejemplo de «nulidad de prohibición» está regulado en el artículo 6 del decreto ley 26122 —Ley sobre Represión de la Competencia Desleal—, que dice lo siguiente: «Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas».

Así las cosas, la nulidad de «prohibición» del artículo 6 del decreto ley 26122 contiene un concepto indeterminado como la «buena fe comercial».

La nulidad de «protección» es «una forma de nulidad *alternativa* a aquella de la *nulidad-sanción* y más vecina a la *nulidad-remedio* (a favor del contratante)». <sup>83</sup>

Sobre este tipo de protección el artículo 9 de la ley para la reglamentación de las condiciones generales del contrato (AGB-GESETZ) de 9 de diciembre de 1976 decía lo siguiente:

(Cláusula general).-

(1) Las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si perjudican desproporcionadamente al adherente en oposición con las reglas de la buena fe.

(2) Se debe suponer en la duda una desventaja desproporcionada, si una cláusula.

1. No es compatible con los principios fundamentales de la reglamentación legal que ha derogado, <sup>84</sup> o,

2. Limita derechos u obligaciones fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo tal de poner en peligro la obtención de la finalidad del contrato. <sup>85</sup>

---

*criterio, una directriz para la búsqueda de la norma de decisión: son una técnica de formación judicial de la regla a aplicar al caso concreto, sin un modelo de decisión preconstituido por una hipótesis normativa abstracta" (MENGONI, 1985 [1987]: p. 10; a quien siguen GUARNERI, 1998: p. 403, y D'AMICO, 2003: p. 336).*

<sup>83</sup> DI MAJO, Adolfo. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>84</sup> El legislador peruano tomó como base este numeral de la norma alemana: «Artículo 1399 del Código Civil peruano.- En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral».

<sup>85</sup> Tomando como antecedente la norma alemana, el profesor Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. «Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas». *Ius Et Veritas*, año VII, n.º 13, 1996, pp. 31-32, Lima) formuló una propuesta normativa al

Esta ley alemana califica de ineficaz al contrato con cláusulas generales si existe una situación de desequilibrio. Este tipo de contrato debe adecuarse a los principios fundamentales de la reglamentación legal y no debe enervar los derechos y las obligaciones fundamentales que resultan de la naturaleza del contrato; para ello, debe tenerse en consideración la finalidad del contrato. El concepto de «buena fe» tuvo en Alemania aplicaciones en varios institutos como la excesiva onerosidad de la prestación y la responsabilidad prenegocial.

En el mismo sentido e influenciado por la ley alemana, se reguló, para toda la Comunidad Europea, una directiva de protección a la parte adherente en un contrato estandarizado. Los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, describen las cláusulas abusivas:

Artículo 3.-

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

---

*artículo 1398 del Código Civil («En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato»): «Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe. Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate, que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado».*

#### Artículo 4.-

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Esta norma establece el carácter abusivo de una cláusula contractual según la naturaleza de los bienes o servicios, las circunstancias y cláusulas contractuales relacionadas.

La norma alemana indicó los criterios de las cláusulas vejatorias cuando se quebrante las reglas de la buena fe y se produzca una «desventaja desproporcionada». Esto último se produce cuando el contrato con condiciones generales haya derogado las normas del CC y ponga en peligro la finalidad del contrato. La directiva europea establece que son cláusulas abusivas las que se opongan a la buena fe y las que produzcan un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones.

El Código Civil italiano<sup>86</sup> siguió los parámetros de la directiva, pero incluyó a los contratos coligados.

---

<sup>86</sup> Por el artículo 25 de la ley 52 del 6 de febrero de 1996 se incorporaron las siguientes normas al Código Civil italiano de 1942:

«Primer párrafo del artículo 1469bis. Cláusulas vejatorias en el contrato entre comerciante profesional y consumidor.- En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional (profesionista), se consideran vejatorias las cláusulas que, aun en caso de buena fe, determinan para el consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones que derivan del contrato.

Artículo 1469ter. Determinación del carácter vejatorio de las cláusulas.- El carácter vejatorio de una cláusula es evaluado teniendo en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato y haciendo referencia a las circunstancias existentes al momento de su celebración y a las demás cláusulas del contrato mismo, o de otro con el cual esté coligado o del cual dependa.

La evaluación del carácter vejatorio de la cláusula no atiene a la determinación del objeto del contrato, ni a lo adecuado de la contraprestación de los bienes y de los servicios siempre que tales elementos sean individualizados de manera clara y comprensible.

No son vejatorias las cláusulas que reproducen disposiciones legales o que repiten disposiciones o aplican principios contenidos en convenciones internacionales de las cuales sean partes contratantes todos los Estados miembros de la Unión Europea o la Unión Europea.

No son vejatorias las cláusulas o los elementos que hayan sido objeto de tratativa individual.

La Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones de 2002 ha modificado normas importantes del Código Civil alemán. Particularmente, hay una modificación que resume los criterios desarrollados anteriormente:

§ 307. Control sobre el contenido.

(1) Las cláusulas insertas en condiciones generales de contratación resultarán ineficaces si, en infracción de los preceptos de la buena fe, perjudican de manera inadecuada a la contraparte del estipulante. Un perjuicio inadecuado puede resultar también de la redacción poco clara y comprensible de la cláusula.

(2) En la duda, se debe considerar que existe un perjuicio inadecuado en el caso en la cual una cláusula.

1. No se concilie con la idea que inspira la disciplina legal a la cual deroga, o bien.

2. Limite derechos o deberes esenciales resultantes de la naturaleza del contrato en medida tal que pueda perjudicar la obtención de la finalidad del contrato.

(3) Lo dispuesto por los párrafos 1° y 2°, además de los §§ 308 y 309, serán aplicables solamente respecto a las cláusulas contenidas en condiciones generales de contratación mediante las cuales se acuerden reglas que deroguen o integren las normas legales. Otras cláusulas pueden ser ineficaces según la aplicación conjunta de lo dispuesto por el párrafo 1, períodos 1 y 2.

Las cláusulas de los contratos predisuestos deben tener una redacción clara y comprensible. No hay duda de que esta referencia tiene que ver con las condiciones del sujeto en cuanto a su libertad y a su conocimiento.

Así las cosas, estamos en una causal de anulabilidad y no de nulidad o de ineficacia.

En particular, la protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque el contratante débil podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato. De aquí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectivas, con legitimación exclusiva a favor del solo contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez aquellas cláusulas con invalidez.<sup>87</sup>

---

*En el contrato celebrado mediante suscripción de modelos o formularios predisuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, pesa sobre el profesional la carga de probar que las cláusulas, o los elementos de la cláusula, aunque hayan sido unilateralmente predisuestos, han sido objeto de tratativa específica con el consumidor».*

<sup>87</sup> GIOIA, Gina. «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole». *Contratto e impresa, diálogo con la jurisprudencia civil y comercial, dirigido por Francesco Galgano, año XV, vol. 1, 1999, p. 1334, Padua.*

Por eso, se ha dicho muy acertadamente de la nulidad que no es una

categoría monolítica, que no depende de una carencia estructural del hecho jurídico concreto [*fattispecie*], que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, pero que al contrario depende únicamente de la violación de un límite colocado a la autonomía privada y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que —en consideración del límite violado— el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder.<sup>88</sup>

Las causales de invalidez de protección no son en realidad nulidades «sino anulabilidades llamadas sin razón nulidades».<sup>89</sup>

La nulidad de los pactos sociales, de los acuerdos societarios y de los acuerdos de las juntas generales de accionistas es otro tipo de nulidad «especial» según la doctrina.

¿Podremos aplicar los conceptos de contrato nulo y de contrato viciado a los actos societarios? Analizaremos las causales si efectivamente se refieren a la nulidad y a la anulabilidad.

La nulidad de los pactos sociales está regulada en el artículo 33<sup>90</sup> de la Ley General de Sociedades aprobada por ley 26887 (en adelante LGS). Una vez inscrita la escritura pública de constitución, la nulidad del pacto social solo puede ser declarada 1) por incapacidad o por ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine que la sociedad no cuenta con la pluralidad de socios requerida por la ley; 2) por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan

<sup>88</sup> MAJELLO, Ugo. *Op. cit.*, p. 355.

<sup>89</sup> SACCO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 527.

<sup>90</sup> La fuente normativa es la Ley de Sociedades Anónimas española aprobada por real decreto legislativo 1564/1989:

«Artículo 34. Causas de nulidad.

1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas:

- a) Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.
- b) Por no expresarse en la escritura de constitución o en sus estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.
- c) Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
- d) Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

2. Fuera de los casos enunciados en el párrafo anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse la anulación».

al orden público o a las buenas costumbres, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410; 3) por contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige; y 4) por omisión de la forma obligatoria prescrita.

Es claro que la incapacidad se refiere a la condición del socio; la ausencia de consentimiento es una causal de ausencia de falta de manifestaciones de voluntades; y el objeto social<sup>91</sup> es ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres. También el pacto social es nulo cuando las estipulaciones contrarias a normas imperativas,<sup>92</sup> cuando se omiten las estipulaciones que la ley exige y cuando se omite la forma obligatoria prescrita. Todas estas causales se aplican perfectamente al artículo 219 del CC, salvo la regulación de la violación de normas imperativas y de las omisiones de insertar estipulaciones exigidas por la ley.

La nulidad de los acuerdos societarios está regulada en el artículo 38<sup>93</sup> de la LGS. Los acuerdos societarios son nulos si se omiten las formalidades de publicidad prescritas; si son contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, y a las estipulaciones del pacto social o del estatuto; o si lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. También son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

---

<sup>91</sup> GENTILE, Giulio. «Dall'invalidità delle società personali all'invalidità degli enti associativi». *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, n.º 7-9, julio-agosto-septiembre, 2004, p. 767, Padua: Si la «sociedad tiene objeto ilícito no es que las ilicitudes sean necesariamente de los particulares actos de gestión eventualmente extraños al cumplimiento de la actividad (ilícita) los cuales, si son dignos de protección, son necesariamente protegidos».

<sup>92</sup> La violación de normas imperativas no ha sido legislada dentro de las causales de nulidad del Código Civil, salvo una referencia en el artículo 1354 (Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo).

<sup>93</sup> Ley General de Sociedades 26887:

«Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34, 35 y 36, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35 cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad».

Los acuerdos que vulneran el orden público y las buenas costumbres es un supuesto de acto ilícito regulado en el numeral 8 del artículo 219 del CC. Es evidente que las omisiones de publicidad prescritas no se asemejan estrictamente a las formalidades obligatorias reguladas en el numeral 6 del artículo 219 del CC. Tampoco cabe aplicar la nulidad a los acuerdos societarios si lesionan los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios. En todo caso, aquí estamos en un campo diferente de la invalidez. Si los acuerdos societarios lesionan los intereses de la sociedad y del socio, estamos en el campo de la responsabilidad pero de ninguna manera en el ámbito de la invalidez.

Lo interesante de la norma que estamos comentando es que se indica que los acuerdos societarios son nulos si se contraponen a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o si su contenido está en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias. Es claro que aquí estamos otorgando calidad de norma jurídica a las estipulaciones del pacto social, a los pactos sociales y al estatuto. Las normas jurídicas sucesivas (los acuerdos societarios) serán nulas si son contrarias al pacto social y al estatuto. Estas causales no están expresamente reguladas en el artículo 219 del CC, pero es evidente que esta causal se entiende mejor siguiendo la concepción normativa de la invalidez.

La nulidad de las juntas generales de accionistas se determinará si violan normas imperativas y si incurrn en las causales previstas en el artículo 38 de la LGS y en el CC conforme lo establece el artículo 150 de la LGS.<sup>94</sup>

Los acuerdos de las juntas generales son impugnables. En el primer párrafo del artículo 139 de la LGS,<sup>95</sup> se establece que la impugnabilidad de los acuerdos de la junta general procede cuando su contenido sea contrario a la LGS, se oponga al estatuto o al pacto social, o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Además, se dice que los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la LGS o en el CC también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

---

<sup>94</sup> *Ley General de Sociedades 26887:*

*«Artículo 150.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad  
Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil. Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.  
La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo».*

<sup>95</sup> *Ley General de Sociedades 26887:*

No es difícil indicar que la norma anterior confunde impugnación con nulidad. Los acuerdos de las juntas generales que contravengan la LGS y el estatuto deben ser nulos conforme a la racionalidad del artículo 38 de la LGS. Será materia de responsabilidad, y no de invalidez, si estos acuerdos lesionan, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

De esta manera, se ha expresado que existe un «evidente error de sistemática jurídica que ha generado la posibilidad de que un mismo supuesto pueda ser considerado como causal de impugnación y nulidad al mismo tiempo, así como que tenga distintos plazos de caducidad y distintos sujetos activos facultados para iniciar ambos tipos de acción».<sup>96</sup> Así las cosas, no es posible aseverar qué efectos jurídicos son aplicables a los hechos jurídicos regulados en los artículos 38, 139 y 150 de la Ley General de Sociedades.

Se ha indicado que «podemos hablar de una nulidad societaria, con características especiales ajenas a la nulidad civil, que se adecua al espectro de las sociedades y que permite que la Ley regule de manera efectiva el mismo, alejando el fantasma absorbente del entorno civilista».<sup>97</sup>

*«Artículo 139.- Acuerdos impugnables*

*Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.*

*No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.*

*El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.*

*En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fé».*

*La fuente normativa es la Ley de Sociedades Anónimas española aprobada por real decreto legislativo 1564/1989:*

*«Artículo 115. Acuerdos impugnables.*

- 1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las juntas que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.*
- 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.*
- 3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro. Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada».*

<sup>96</sup> ABRAMOVICH ACKERMAN, Daniel. «La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la Ley General de Sociedades». THEMIS, Revista de Derecho, n.º 47, 2003, p. 252, Lima.

<sup>97</sup> VEGA VELASCO, Jorge. «Impugnación y nulidad de los acuerdos societarios». En Oswaldo

Conforme a ello, se ha expresado equivocadamente que «sería aconsejable que nuestra doctrina o, mejor aún, nuestra judicatura, construya una teoría propia de la nulidad y anulabilidad de los actos societarios, que se distinga de la generalidad de actos jurídicos, a fin de que sirva de soporte para edificar una coherente teoría de la impugnación de los acuerdos societarios».<sup>98</sup>

La doctrina peruana ha reconocido que «un acuerdo societario, al margen de los mecanismos que se emplean para formar la voluntad de la sociedad, no deja de ser un negocio jurídico, y como tal se encuentra sujeto a las normas generales sobre nulidad y anulabilidad del mismo».<sup>99</sup>

La teoría de la invalidez no es una teoría estática ni invariable ante las nuevas formas de protección de nuevos intereses. Consideramos que los intereses de la sociedad y de los socios deben ser protegidos conforme a los parámetros diseñados por la concepción normativa de la invalidez.

## 7. Conclusiones

- La invalidez es un remedio de extinción o de modificación de los efectos jurídicos para proteger los intereses lesionados de una parte por la violación de los límites aplicables a los contratos o por la ausencia de libertad y de conocimiento en una parte.
- La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad no es una sanción. Por el contrario, es una tutela jurídica otorgada cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la autonomía privada.
- La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de voluntad.
- Las nulidades «especiales» (de «prohibición», de «protección» y de los «actos societarios») deben subsumirse en las causales de nulidad y de anulabilidad según la concepción normativa de la invalidez.

---

Hundskopf Exebio (coord.). *Tratado de Derecho mercantil. T. I: «Derecho Societario»*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 549.

<sup>98</sup> TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. «El derecho de impugnación de los acuerdos societarios». En *Oswaldo Hundskopf Exebio (coord.). Op. cit.*, p. 580.

<sup>99</sup> ELÍAS, Enrique. *Derecho societario peruano, Ley general de Soiedades del Perú. T. I*. Trujillo: Editorial Normas Legales, 2000, p. 396.