



## La ineficacia normativa del artículo 1358 del Código Civil

**Bruno Ramos Huaytalla**<sup>1</sup>

Universidad Científica del Sur

**Resumen:** El presente estudio explica qué se entiende por ineficacia de la norma jurídica a partir de algunos ejemplos teóricos y reales. Además, se analizan las modificaciones introducidas por el D.L. 1384 al Código Civil, específicamente las que le dan sentido al art. 1358, para sostener que la norma jurídica de tal artículo es ineficaz. Por último, se detalla que la costumbre jurídica es la solución ante tal problema normativo.

**Palabras clave:** Norma jurídica - Ineficacia de la norma jurídica – Incapacidad absoluta – Contratos – Necesidades ordinarias - Nulidad de acto jurídico – Costumbre jurídica

### 1. Introducción

Dentro de un sistema jurídico, como el peruano, existen normas jurídicas que regulan la conducta de cada ser humano. La particularidad de estas normas jurídicas radica en que son de observancia obligatoria y, ante su incumplimiento, el Estado puede usar fuerza coercitiva. Sin embargo, el Estado, a través de su potestad legislativa y emisora de normas, debe establecer en sus normas legales (que contienen normas jurídicas) aquello que puede ser cumplido en la realidad, pues, de no ser así, se daría la ineficacia de la norma jurídica. Si bien el texto original del artículo 1358 del Código Civil de 1984 establecía que los menores de 16 años no privados de discernimiento podían celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias para su pleno desarrollo, ahora aquello fue modificado por el Decreto Legislativo 1384. En ese sentido, la habilitación legal que otorgaba plena validez a dichos contratos ha sufrido cambios en términos que ya no es posible llegar a una interpretación en donde se concluya que dichos contratos puedan seguirse celebrando de manera válida. En el siguiente trabajo explicaremos cómo el D.L. 1384 ha modificado el sentido del art. 1358, su consecuente ineficacia normativa y la solución práctica a tal problema.

### 2. La eficacia e ineficacia de la norma jurídica

Antes de explicar lo concerniente a la eficacia e ineficacia de la norma jurídica, vale precisar cuál es el concepto de la norma jurídica. En este sentido, lo definimos como aquel mandato que contiene un supuesto que conlleva lógica y jurídicamente a una

---

<sup>1</sup> Estudiante de octavo ciclo de la carrera de Derecho de la Universidad Científica del Sur.

consecuencia, y cuya particularidad es el respaldo de la fuerza del Estado en caso de su incumplimiento (Rubio, 2009, p.76). Bajo esta premisa, la norma jurídica debe ser cumplida por todas las personas de un Estado.

Veamos un ejemplo con los elementos de la norma jurídica:

Código Civil, artículo 39.- «El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar».

Supuesto: «Si alguien traslada su residencia habitual a otro lugar»

Consecuencia: «Entonces realiza un cambio de su domicilio». (Rubio, 2009, p.80).

Ahora, con respecto a la eficacia de la norma jurídica, Kelsen (1994) precisa lo siguiente:

La eficacia de una norma consiste en que ésta se cumple efectivamente y en gran medida, y cuando no se cumple, se aplica en gran medida. La vigencia de la norma consiste en que debe ser cumplida y cuando no se cumple, debe ser aplicada. Entonces se tiene que distinguir entre la vigencia y la eficacia de la norma tal como se distingue entre deber y ser. (p.145).

En este sentido, la eficacia de una norma jurídica implica que es acatada, efectivamente, por la población de un Estado. Así pues, se diferencia la vigencia con la eficacia, ya que la primera se asemeja a un deber y el segundo a un ser.

Kelsen (1994) añade un comentario importante sobre la relación entre eficacia y vigencia:

La eficacia es una condición de la vigencia en tanto que una norma singular o un orden normativo completo pueden perder su vigencia, dejar de valer, cuando pierden su eficacia o la posibilidad de eficacia. Las normas generales pierden su vigencia cuando dejan de ser cumplidas en gran medida, y cuando no son cumplidas dejan de ser aplicadas. (p.145).

En consecuencia, la vigencia y aplicabilidad de una norma tiene como condición el ser eficaz o cumplida por los habitantes de un Estado; *contrario sensu*, si no es eficaz, dejará de ser aplicada.

Cabe resaltar que para la vigencia de una norma en el Perú se requiere su publicación en el diario oficial El Peruano, en cuyo caso es vigente al día siguiente (salvo en el caso de la *vacatio legis* que no es materia de este artículo).

Resulta importante destacar que una norma luego de entrar en vigor (al día siguiente de la publicación en el caso peruano) se vuelve, en teoría, eficaz. Pero ello no ocurrirá si dicha norma no es posible de cumplirse en la realidad. En este sentido, los legisladores deben tener en cuenta que, para antes de la publicación de una norma y consecuentemente su vigencia, se debe analizar si la población podrá acatarla a cabalidad, pues resultaría incongruente que se publique una norma que será ineficaz por ser imposible de cumplir.

Kelsen (1994) da un ejemplo sobre lo anterior dicho:

La norma entra en vigor antes de ser eficaz, y sólo puede ser eficaz cuando ya entró en vigor. Pero tiene que entrar en vigor con la posibilidad de ser eficaz, ya que una norma que dispone como debido algo que es imposible como, por ejemplo, la norma de que los seres humanos no deben morir no puede tener vigencia, porque de antemano no puede ser eficaz. Allí, decir que una norma dispone como debido algo que es imposible, significa que no puede ser cumplida o aplicada por nadie. (pp.145-146).

El ejemplo de Kelsen es muy claro sobre lo que no debe ordenarse a través de una norma, pues resulta imposible para las personas no morir por ser un acontecimiento natural e inevitable en los seres vivos.

Con todo lo ya dicho se puede sostener que la ineficacia de una norma jurídica se da cuando las personas no cumplen con lo previsto por ella, incluso cuando esta esté respaldada por la fuerza del Estado.

Por otro lado, es conocido que existen normas que son acatadas universalmente de manera espontánea; otras que son cumplidas cuando medie la coacción; algunas que son incumplidas a pesar de la coacción, y las que son violadas sin que se aplique la coacción (Bobbio, 2017). En este sentido, Bobbio (2017) afirma que si bien la norma puede ser válida (por haber sido aprobada bajo el procedimiento respectivo por el órgano competente), también podría ser ineficaz, tal como sucedió en los Estados Unidos de Norteamérica, país en el cual se prohibió el consumo de bebidas alcohólicas y, sin embargo, no se logró disminuir dicha actividad. También sucede en la sociedad que una norma (social) es eficaz, pero no es válida, tal es el caso de las reglas de buena educación que, a pesar de no estar plasmada en una norma jurídica, es cumplida por las personas.

Ahora habiendo explicado todo lo referente a la eficacia e ineficacia de una norma jurídica, corresponde analizar el artículo que consideramos es ineficaz (a partir de una interpretación sistemática de los artículos que le dan sentido) por ser contrario a un comportamiento básico del ser humano.

### **3. La interpretación del artículo 1358 del Código Civil antes del D.L. 1384**

El artículo 140 del Código Civil establecía, en su numeral 1, que para la validez del acto jurídico se requiere sea efectuada por un agente capaz. Esto también es afirmado por Vidal (2003):

El inc. 1) del artículo 140 requiere, para la validez del acto jurídico, que la manifestación de voluntad provenga de un agente capaz, vale decir, de un sujeto, persona natural o jurídica, dotado de la capacidad necesaria [...] Tratándose de la persona natural o humana la capacidad de goce le es inherente desde que nace y aun desde antes de nacer, sea un *natus* o un *nasciturus*, pero que para la celebración del acto jurídico requiere de la capacidad de ejercicio o sea, ser un *alieni iuris*. Sin embargo, la falta de la capacidad de ejercicio, por tratarse de menor o de interdicto, puede ser suplida mediante la representación, sea por los padres, el tutor o el curador. (p.601).

En consecuencia, se entiende que toda persona natural tiene capacidad de goce o jurídica (el cual implica ser titular de derechos y obligaciones), pero no toda persona podrá efectivizar la capacidad de ejercicio o de obrar (el que faculta poder celebrar actos jurídicos de manera válida), puesto que algunos son reconocidos como incapaces y, como consecuencia de ello, sus actos son sancionados con la nulidad o anulabilidad.

El artículo 42 del Código Civil establecía lo siguiente: "Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los Artículos 43 y 44". Bajo esta perspectiva todas las personas mayores de 18 años que no se encontraban incurso en las causales establecidas por los artículos 43 y 44, podían celebrar actos jurídicos con plena validez.

Por otro lado, el artículo 43 establecía que son absolutamente incapaces: "Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley". En este sentido, los adolescentes y niños menores de 16 años podían celebrar aquellos actos jurídicos (incluidos los contratos) en caso la ley lo habilitase.

En tal sentido, viene a colación lo anteriormente establecido en el numeral 2 del artículo 219, el cual sancionaba con nulidad al acto jurídico comprendido en el siguiente supuesto: "Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 1358". Así pues, si la persona era absolutamente incapaz, es decir, estaba comprendido dentro de las causales del art. 43, el acto jurídico era nulo, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

El artículo 1358 preceptuaba lo siguiente: "Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria". Para poder explicar este artículo es importante señalar que se entiende por discernimiento. Al respecto, Espinoza (2003), señala lo siguiente:

La voluntad está conformada por dos elementos, a saber: discernimiento, el cual es la distinción intrínseca que hace el hombre. para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese "algo" es bueno o malo; el otro elemento, es la volición, que es el acto, la materialización de tal decisión. Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva. Es por eso que el Derecho protege este tipo especial de sujetos (p.281).

Por tal razón, el discernimiento determina si la persona, sea menor o mayor de edad, puede reconocer si la ejecución de un acto le conviene o no.

Ahora, habiendo señalado todo lo anterior, se puede reconocer que la consecuencia del artículo 1358 era la posibilidad de que todos los menores de 16 años (incapaces absolutos) con discernimiento podían celebrar actos jurídicos plenamente válidos si estaban relacionados con sus necesidades ordinarias.

Dicho artículo fue reconocido por plasmar una realidad en una norma jurídica, pues recogía una práctica contractual que se ha dado desde tiempos inmemoriales.

Varsi (2003) también explica aquello:

La norma reconoce una realidad, la vida de relación de las personas. No por el hecho de adolecer de una incapacidad el sujeto se puede ver privado de ser parte del trato económico de la sociedad, sobre todo frente a la realización de actos relacionados con su propia existencia o subsistencia, de su vida cotidiana y quehacer doméstico. Contratar es beneficiarse y ello es parte del desarrollo e interacción del hombre. Limitar las acciones primarias de la persona es negar su propia existencia. La ley protege a las partes contratantes y facilita sus relaciones jurídicas, no es la idea poner límites sino fijar pautas de desenvolvimiento, "un menor, no es incapaz de contratar; más bien es incapaz de lesionarse por los contratos que celebre" (PLANIOL y RIPERT, p. 847). (pp.85-86).

La utilidad práctica de esta norma fue muy importante, ya que la norma jurídica debe establecer aquello que puede ser cumplido en la realidad (para no caer en la ineficacia), tal fue el caso del artículo 1358. Como bien se sabe, dicho artículo no solo reconocía una realidad, sino que también protegía a los menores, puesto que aquellos contratos que no estaban relacionados a sus necesidades ordinarias eran nulos. En ese sentido, un menor de 16 años, con discernimiento, no podía celebrar cualquier tipo de contrato, tales como la compraventa de bienes inmuebles, el arrendamiento financiero, entre otros, por no ser parte de una necesidad ordinaria de su vida.

Varsi (2003) continúa explicando acerca de los contratos celebrados por los niños:

La satisfacción de necesidades, sean básicas y secundarias, no es de exclusividad de los mayores de edad o de las personas con capacidad. Es más, hoy en día, los niños forman parte de una masa de consumidores fuerte en el

mercado. Como dice Arias Schreiber en su Exégesis, si nos ciñéramos a las reglas de incapacidad, sin un precepto como el consagrado en el Código, estas adquisiciones serían nulas, "lo que ciertamente no se compadece con las exigencias de la vida cotidiana" (ARIAS SCHREIBER, p. 108). (p.86).

Sobre este punto resulta importante destacar que se entiende por: "necesidades ordinarias de la vida" de una persona.

Varsi (2003) desarrolla dicho concepto:

¿Qué se puede considerar necesidad ordinaria de la vida diaria? Depende de la persona, de sus requerimientos, de su experiencia, de su actividad, de su quehacer. La edad, educación, costumbres, labores (entre otros) deben tenerse en consideración. No hay una regla estricta, por el contrario, está supeditada o subordinada a cada situación. Puede tratarse de relaciones contractuales -en alguna medida- intrascendentes como de contratos más complejos. La idea es determinar la utilidad que representa. Desde ya las más diversas formas de contratación vinculan a los incapaces, veamos:

- Compraventa: golosinas, ropa, libros, juguetes.
- Arrendamiento: vídeos, bicicletas, espacios deportivos (canchas de fútbol).
- Permuta: figuritas de álbumes, juguetes.
- Mutuo: préstamo de dinero.
- Comodato: préstamo de bienes.
- Prestación de servicios: transporte.

El objeto debe estar referido a actividades inherentes a su desenvolvimiento, como es la alimentación, salud, vestido, recreación, trabajo, deporte o educación (entre otros), es decir todo aquello que permita su desarrollo personal. No necesariamente se trata de contratos pequeños, simples, domésticos o cotidianos, sino que deben tener "significación personal y existencial" en el sujeto que los realiza. (pp.88-89).

En consecuencia, se entiende que los menores de 16 años podían celebrar contratos relacionados a las necesidades ordinarias de su vida, es decir, aquellos referentes a la alimentación, salud, vestido, recreación, trabajo, deporte, educación, etc. Los contratos mencionados por Varsi no podían ser sancionados con la nulidad porque iba en contra de la realidad.

Ahora, analizando la norma jurídica que establecía el artículo 1358, se puede sostener lo siguiente:

El supuesto de hecho de la norma era: «Los incapaces no privados de discernimiento» (o, en términos más sencillos: «Si una persona es incapaz con discernimiento»).

La consecuencia jurídica era: «Pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria» (podemos decir más estrictamente: «Entonces podrá celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias de su vida diaria»).

Claramente esta norma jurídica era vigente y eficaz, ya que era cumplida por todas las personas que estaban comprendidas en ella, es decir, por los menores de 16 años con discernimiento.

Sin embargo, tal realidad no fue recordada por los autores del Decreto Legislativo 1384 (en adelante D.L. 1384), pues se han modificado muchos artículos que le daban sentido al anteriormente aludido y ahora ha ocasionado que todos los contratos

celebrados por los menores de 16 años sean nulos por ser contrario a una norma de orden público (esto será desarrollado en las siguientes líneas).

#### 4. La interpretación del artículo 1358 del Código Civil a la luz de las modificaciones por el D.L. 1384

El D.L. 1384, vigente desde septiembre de 2018, ha modificado muchos artículos del Código Civil a razón de implementar lo que establecen las disposiciones de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. No es materia de análisis todo lo que ha ocasionado en todos los ámbitos del derecho, pero si vale precisar qué artículos se han modificado para dar respuesta a lo que se debe entender ahora al leer el artículo 1358.

Con respecto al artículo 43, se ha mantenido el numeral 1 que establece que todos los menores de 16 años son absolutamente incapaces (salvo para aquellos actos determinados por ley), pero se ha derogado el numeral 2, referente a la incapacidad absoluta por estar privado de discernimiento.

El artículo 140 ha sido modificado, con respecto a su numeral 1, pues ahora se establece que para que la validez del acto jurídico se requiere que la persona tenga plena capacidad de ejercicio, salvo las limitaciones contempladas por la ley.

Artículo original	Artículo vigente
<p>Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Agente capaz.</li> <li>2.- Objeto física y jurídicamente posible.</li> <li>3.- Fin lícito.</li> <li>4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</li> </ol>	<p>Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- <b>Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.</b></li> <li>2.- Objeto física y jurídicamente posible.</li> <li>3.- Fin lícito.</li> <li>4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</li> </ol>

El numeral 2 del artículo 219 ha sido derogado. A partir de aquí surge la problemática, pues dicho numeral posibilitaba a que los menores de 16 años pudieran celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias de su vida diaria, pero con la derogación de dicho numeral ya no es posible afirmar lo mismo.

Artículo original	Artículo vigente
<p>Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.</li> <li>2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.</li> <li>3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.</li> <li>4.- Cuando su fin sea ilícito.</li> <li>5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.</li> </ol>	<p>Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente</li> <li>2.- <b>Derogado.</b></li> <li>3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.</li> <li>4.- Cuando su fin sea ilícito.</li> <li>5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.</li> <li>6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</li> <li>7.- Cuando la ley lo declara nulo.</li> </ol>

<p>6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</p> <p>7.- Cuando la ley lo declara nulo.</p> <p>8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.</p>	
---	--

Si bien la derogación de dicho numeral podría suscitar la idea de que todos los contratos celebrados por menores de 16 años son ahora válidos, ello es teórica y prácticamente negativo. Esto es aseverado por Chipana (2019):

En primer lugar, y dentro de un plano teórico, no es cierto que esos contratos sean plenamente válidos, pues el artículo 140 del Código Civil, en su texto vigente, establece que para la validez del acto jurídico se requiere plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley. (p.124).

Y con respecto al aspecto práctico:

Empiezo con una interrogante, ¿nos imaginamos un sistema jurídico y un país en el que se permita a una persona de diez años comprar un bien inmueble, contratar los servicios para realizarse una operación quirúrgica estética, viajar fuera del país sin tener la autorización de sus tutores, contratar para asumir deudas y, en general, celebrar contratos o actos jurídicos sin límite alguno? Yo no lo imagino, pero parece que hay personas que sí lo imaginan, y no solo eso, sino que hay quienes afirman que todo ello es jurídicamente viable hoy en día. (Chipana, 2019, p.126).

Por lo tanto, no es correcto afirmar que los menores de 16 años puedan realizar todos los contratos que existen de manera válida, pues el art. 140 establece que se requiere la plena capacidad de ejercicio y, más aún, no podría concebirse en la realidad dicha postura porque sometería a los menores de edad a una gran serie de peligros.

El artículo 1358 también ha sido modificado, pues ahora solo se admite la validez de los contratos celebrados por las personas comprendidas en los numerales 4 al 8 del artículo 44 que estén relacionados con sus necesidades básicas.

Artículo original	Artículo vigente
Artículo 1358.- Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.	Artículo 1358.- Las <b>personas</b> con capacidad de ejercicio restringida <b>contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.</b>

A partir de lo anterior dicho, leyendo lo que establecen los numerales mencionados del artículo 44, es afirmativo decir que solo los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil podrán celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias, es decir, los que tengan que ver con la alimentación, salud, vestido, recreación, trabajo, deporte, educación, entre otros.

Artículo original	Artículo vigente
Artículo 44°.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.	Artículo 44.- Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

<p>2.- Los retardados mentales.</p> <p>3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.</p> <p>4.- Los pródigos.</p> <p>5.- Los que incurren en mala gestión.</p> <p>6.- Los ebrios habituales.</p> <p>7.- Los toxicómanos.</p> <p>8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</p>	<p>2.- <b>Derogado</b></p> <p>3.- <b>Derogado</b></p> <p>4.- Los pródigos.</p> <p>5.- Los que incurren en mala gestión.</p> <p>6.- Los ebrios habituales.</p> <p>7.- Los toxicómanos.</p> <p>8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</p> <p>9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.</p>
--	--

Ahora bien, vale preguntarse lo siguiente: ¿Por qué los contratos celebrados por los menores de 16 años ahora son nulos?

Respondiendo a la pregunta debemos fijarnos en lo que establece el numeral 8 del artículo 219 (causales de nulidad): “En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”. En consecuencia, debemos remitirnos a lo que establece el título preliminar.

El artículo V del título preliminar del Código Civil establece lo siguiente: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Vamos a desglosar las ideas claves de este artículo con relación a la materia de este trabajo, siendo en este caso las normas imperativas y el orden público.

De acuerdo a Torres (2020), respecto a las normas imperativas:

Las normas imperativas o de orden público son creadas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarlas sin efectos en sus actos privados (*Ius publicum privatorum pactis mutan I nequit*). El Derecho Público no puede ser mudado por pactos privados). Están en conexión inmediata con las bases fundamentales del orden social, de tal modo que miran a la utilidad o interés de la comunidad, por lo que se imponen incondicionalmente a la voluntad de los particulares, se sustraen a su iniciativa, y son inderogables por ellos. Prescriben al sujeto un *deber-hacer* o un *no poder-hacer* incondicional que no se le permite no hacer lo que está prescrito o hacer lo que le está prohibido. (p.33).

En consecuencia, las normas imperativas son aquellas que son de obligatorio cumplimiento.

En relación al orden público, Torres (2020) afirma lo siguiente:

Por *orden público* se entiende al conjunto de principios fundamentales, sean públicos o privados, sociales, económicos, culturales, éticos y hasta religiosos, positivizados o no en la ley, que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica que garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz, y asegura la existencia y estabilidad del Estado, sus poderes y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes. (p.34).

Es decir, el orden público está compuesto por principios que buscan mantener el orden social en un Estado.

Algunos ejemplos referentes a dichos principios son los siguientes:

Son leyes de orden público las que tienen por objeto asegurar el respeto del orden material e impedir que una persona cause perjuicio injusto a otra. Lo son



también las leyes orgánicas del Derecho de familia; los miembros de la familia, base de la sociedad, no pueden arreglar sus obligaciones de otra manera que lo que la ley establece; **las leyes relativas al estado y capacidad de las personas**; las referentes a la integridad e independencia de la persona humana; etcétera. (p.35).

En suma, las normas relacionadas con la capacidad de las personas son de orden público.

Por lo anterior dicho, podemos decir que, si la persona no tiene plena capacidad de ejercicio, es decir, es un menor de 16 años (absolutamente incapaz) será nulo el acto jurídico que celebre por ser contrario a una norma de orden público, en este caso, por ser violatorio al numeral 1 del artículo 140 del Código Civil, que exige la capacidad de obrar como requisito de validez.

Lo anterior dicho también es afirmado por Chipana (2019):

A su turno, el artículo 42 indica que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio [...] Es decir, a contrario, es válido decir que toda persona menor de dieciocho años de edad no tiene «plena capacidad de ejercicio» [...] el propio artículo 43, inciso uno, del mismo Código señala que son absolutamente incapaces los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Así las cosas, no es posible afirmar que los contratos celebrados por menores de dieciséis años son «plenamente válidos» si de una lectura de las normas citadas se aprecia, con claridad, que un agente es capaz desde los dieciocho años en adelante y que para celebrar actos jurídicos la regla general es que, precisamente, el agente tenga «plena capacidad de ejercicio», en los nuevos términos del inciso 1 del artículo 140 del Código Civil.

Además, se olvida la última parte del inciso uno del artículo 43 del Código, pues el mismo hace la salvedad de que no serán absolutamente incapaces los menores de dieciséis para aquellos actos determinados por ley, y es allí donde cobraba vida el contenido del modificado artículo 1358.

Entonces, la pregunta es si el artículo 140 del Código Civil, que establece como un requisito de validez la presencia de un agente plenamente capaz, es una norma de orden público o no. A mí no me cabe la menor duda de que lo es y pensar lo contrario iría contra toda lógica y conocimiento elemental de la forma cómo funciona nuestro sistema jurídico. De hecho, se ha señalado, con razón, que «el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico» (Rubio, 2015, p. 107).

En ese sentido, si bien no se tiene una causal expresa que castiga con nulidad a un contrato celebrado por un menor de dieciséis años (pues la causal de agente capaz ha sido derogada del artículo 219), no podemos negar que un contrato celebrado por dicho agente contraviene las normas contenidas en los artículos 140, 42 y 43 del Código, y al ser estas normas de orden público, la causal de nulidad que saltaría a la palestra sería la contenida en el artículo 219, inciso 8, que a su vez nos lleva al artículo V del título preliminar del Código Civil (es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público). (pp.124-125).

En síntesis, de una lectura de los artículos 140, 42, 43, numeral 8 del 219 y el V del título preliminar, podemos decir que los contratos celebrados por los menores de 16 años son nulos porque estos no tienen capacidad de ejercicio y ninguna norma los habilita para realizarlos de manera válida. Aunado a ello, según el vigente art. 1358, solo los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil podrán celebrar contratos relacionados con sus necesidades básicas.

Seguidamente, analizando la norma jurídica que establece actualmente el artículo 1358, se puede sostener lo siguiente:

El supuesto de hecho de la norma es: «Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8» (o, en términos más sencillos: «Los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil»).

La consecuencia jurídica es: «Pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria» (podemos decir más estrictamente: «Podrán celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias de su vida diaria»).

Consecuentemente, los menores de 16 años, en la actualidad, no podrán celebrar contratos de manera válida, pues el articulado del código que le daba sentido al artículo 1358 ha sido modificado en términos que no habilita a que se efectúen dichos actos jurídicos sin caer en la nulidad.

Si bien lo anterior es lo que legislativamente se puede entender que ocurre, es decir, son nulos los contratos practicados por los niños y adolescentes menores de 16 años. No es posible afirmar que en la realidad dichos actos ya no se seguirán ejecutando por dicha sanción, pues es una práctica contractual que se ha arraigado fuertemente en la sociedad, de tal manera que resulta impensable que los padres (o cualquier otro representante) representen a sus hijos en esos contratos (relacionados con las necesidades básicas) o que la “parte afectada” o el Ministerio Público soliciten la nulidad de ellos.

Por lo tanto, podemos llegar a la conclusión de que el vigente artículo 1358 (entendido ahora a partir de la interpretación sistemática realizada) es ineficaz, por cuanto no puede ser cumplido en la realidad por los menores de 16 años, ya que ellos siguen y seguirán celebrando contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (tal como lo establecía el texto original del art. 1358) por ser una costumbre (esto último será desarrollado en las siguientes líneas).

## **5. La costumbre como solución práctica ante la ineficacia del artículo 1358 del Código Civil**

La costumbre se basa en la repetición de una específica conducta (sean usos y hábitos) de manera uniforme y con conciencia de obligatoriedad por parte de los habitantes de una comunidad.

En ese sentido, Torres (2020), respecto a la costumbre, precisa lo siguiente:

La costumbre tiene valor normativo supletorio a falta de ley. Como fuente de Derecho se caracteriza por la presencia de dos elementos: uno material y el otro espiritual. El primero caracterizado por la observancia uniforme de ciertos usos y hábitos, y el segundo es la conciencia de su obligatoriedad denominada la *opinio iuris seu necessitatis*. A diferencia de la ley que se forma en un solo momento, es de autor conocido, tiene un contenido normativo preciso y es impuesta a todos los miembros de una comunidad, la costumbre es de formación lenta, no tiene autor conocido ni contenido preciso y es de observación espontánea [...] La existencia de la costumbre puede ser probada por cualquier medio de prueba que permita conocerla. (p.36).

En suma, la costumbre es una fuente del derecho supletoria a falta de una norma legal. Asimismo, está compuesta por la reiteración constante de usos y hábitos, y por la sujeción de las personas a realizarla por considerarla imperativa.

Por otra parte, Rubio (2009) considera que son 3 los requisitos para poder afirmar que existe una costumbre jurídica. Entre ellas están: i) el uso generalizado, es decir, los sujetos realizan reiteradamente una conducta; ii) la conciencia de obligatoriedad, lo

que equivale a decir que los sujetos son conscientes al cumplir una conducta que consideran obligatoria en la sociedad; y iii) la antigüedad, la cual implica la reiteración de una conducta durante un largo período de tiempo dentro de un determinado ámbito.

Si bien, existen autores que consideran que la costumbre se vuelve jurídica cuando es acogida por la legislación o la jurisprudencia, Rubio (2009) afirma que no es necesariamente cierto:

Correctamente entendido el punto, entonces, una norma proviene de la costumbre como fuente porque a través de su uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y su antigüedad, el contenido normativo de dicha práctica se impone jurídicamente y, en virtud de ello, las diversas instancias del Estado le reconocen fuerza legal y actúan consecuentemente con ello. Es evidente, sin embargo, que el respaldo estatal reforzará el uso generalizado y la *opinio iuris*, y que una eventual falta de respaldo las disminuye. No son pocos los ejemplos en los cuales el rechazo estatal a una costumbre (aún una jurídica) la hace desaparecer. Nada de asombroso, por otra parte, hay en que las cosas sucedan de esta forma. (p.184).

En consecuencia, Rubio considera que una costumbre es jurídica cuando concurre su uso generalizado, la conciencia de su obligatoriedad y su antigüedad. Esto conlleva a que la costumbre actúe como una norma jurídica dentro de una sociedad, por lo cual, la hace de necesario cumplimiento a pesar de no estar recogido dentro una ley.

Por otro lado, Cárdenas (2020), respecto al artículo 1358, afirma lo siguiente:

[...] Es de mencionar aquí que la modificatoria del artículo 1358, hecha a través del Decreto Legislativo N° 1384, ha dejado en el desamparo legal a una infinidad de actos ordinarios de los menores de edad que tenían cobijo en dicha norma en el texto original del artículo dichos actos, para tenerse por válidos, ahora deberán ampararse en la costumbre. (p.261).

En este sentido, si bien la regulación legal actual no permite que los menores de 16 años celebren contratos de manera válida, a pesar de ello los menores lo efectúan porque es una costumbre jurídica. Esto es evidente, ya que: i) la mayoría de los menores de 16 años celebran contratos relacionados a sus necesidades ordinarias por ser parte de su desarrollo como persona (compraventa de alimentos básicos, servicio de transporte, etc.); ii) consideran que es de obligatorio cumplimiento la celebración de dichos contratos para poder satisfacer sus necesidades; y iii) es cierto que esta práctica contractual lleva largo tiempo en las sociedades, así pues, la legislación (en 1984) sólo recogió una realidad en el texto original del art. 1358.

Varsi (2003) también alude a la anterior postura:

Borda menciona que, sancionados por una costumbre que se nutre en una necesidad social evidentísima, estos pequeños contratos son perfectamente válidos y legítimos. No se trata, como suele creerse, de actos nulos pero tolerados, sino de actos perfectamente lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible, que aunque el legislador los prohibiera expresamente seguirán cumpliéndose [...] (p.88).

En síntesis, actualmente los menores de 16 años siguen celebrando contratos relacionados con sus necesidades básicas, no por la habilitación legal, sino por observar la norma consuetudinaria amparada por la sociedad peruana.

## **6. Conclusiones**

Para concluir, a partir de una interpretación sistemática del Código Civil (modificado por el D.L. 1384), es posible afirmar que son nulos los contratos celebrados por los menores de 16 años desde septiembre de 2018, debido a que estos no poseen plena capacidad de ejercicio, lo cual es requerido para la validez del acto jurídico. Si bien el

texto actual del art. 1358 ya no habilita la validez de dichos contratos efectuados por los menores, tal artículo contiene una norma jurídica ineficaz, puesto que en la realidad los menores siguen celebrando contratos esenciales para su desarrollo (compraventa de alimentos básicos, servicio de transporte, etc.) por ser una costumbre aceptada por la sociedad peruana (la cual cumple con los requisitos para ser jurídica: el uso generalizado, la conciencia de obligatoriedad y la antigüedad). En consecuencia, ante la ineficacia normativa del 1358 surge la solución práctica que otorga la costumbre jurídica para el pleno ejercicio contractual de los niños y adolescentes catalogados como incapaces absolutos por el código sustantivo.

## 7. Referencias bibliográficas

Bobbio, N. (2017). *Teoría general del derecho* (J. Guerrero, trad.). (2ª ed.). Bogotá: Editorial Temis. (Obra original publicada en 1955).

Cárdenas, et al. (2020). *Código civil comentado. Tomo I.* (4ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Chipana, J. (2019). *La (in)validez de los contratos celebrados por menores de edad en el código civil peruano*. Revista Yachaq, volumen (10), pág. 117-128. DOI.

Código civil peruano. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 24 de julio de 1984.

Decreto Legislativo n.º 1384. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 3 de septiembre de 2018.

Espinoza, et al. (2003). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I: Título Preliminar, Derecho de las Personas y Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas* (H. Delory, trad.). México: Editorial Trillas. (Obra original publicada en 1979).

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico*. (10ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Varsi, et. al. (2003). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VII: Contratos en General*. Lima: Gaceta Jurídica.

