

Teoría de la invalidez y la ineficacia

Shoschana Zusman Tinman
Abogada. Profesora de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.

*En memoria de
Alfredo Ostojá L.A.*

1. LOS CONCEPTOS DE INVALIDEZ E INEFICACIA.

La nulidad del acto jurídico, regulada por el Título IX del Libro II del Código Civil se inserta dentro de la teoría de la invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, la que, a partir de los conceptos "matrices" de invalidez e ineficacia, sistematiza de manera orgánica la amplia gama de respuestas del ordenamiento jurídico a las anomalías y defectos que pueden producirse a lo largo del ciclo negocial. La nulidad, conjuntamente con la anulabilidad, la rescisión, la revocación y la resolución, entre otras figuras, constituyen remedios específicos propuestos por tal teoría, que han sido recogidos por el Código Civil, no en un título único, sino en títulos diversos y generalmente a propósito de los defectos y anomalías que les han dado origen. Así, por ejemplo, el artículo 195 alude a la declaración de ineficacia de actos en los que existe fraude; el artículo 754 se refiere a la revocación de la desheredación; y el artículo 1447 se refiere a la rescisión por lesión.

La distinción más generalizada entre ambos conceptos es la que considera "...inválido, propiamente, al negocio al que le falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece..." se califica, en cambio de simplemente ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando sin

embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él⁽¹⁾.

Para otros tratadistas, la invalidez se produce por la ausencia de los requisitos exigidos por la ley, en tanto que la ineficacia se produce, genéricamente, por cualesquiera otras causales, caracterizándose la invalidez por aludir a un "no poder" de las partes, en tanto que la ineficacia alude a un "no querer" de las mismas, como ocurre en los casos de negocios condicionales, resolubles o revocables⁽²⁾.

Por último, se sostiene que la invalidez se produce de pleno derecho, en tanto que la ineficacia depende de la acción de la parte perjudicada.

Sin embargo, ninguno de los intentos de distinción es lo suficientemente riguroso como para comprender, sin contradicción, todas las figuras de destrucción del negocio. Así, la primera de las distinciones no logra explicar cómo es que la rescisión, figura característica de ineficacia negocial, se produce por razones más bien intrínsecas al negocio, como por ejemplo, en el caso de la lesión por desproporción en el precio. El segundo intento de distinción, de otro lado, por su generalidad, no precisa si, por ejemplo, el negocio condicional es una figura derivada de la ineficacia en el mismo sentido que la resolución o la rescisión. Finalmente, el tercero de los intentos, no puede explicar cómo así la anulación, que se caracteriza por dejar a opción de la parte perjudicada el confirmar o impugnar el negocio, es una figura unánimemente considerada como de invalidez.

(1) BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, pág. 349.

(2) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Negocio Jurídico, pág. 463.

Es por ello que, especialmente en relación a la ineficacia, alguna doctrina moderna se conforma con proveer criterios de clasificación de los supuestos que más frecuentemente se presentan. Así, Federico de Castro y Bravo considera seis criterios para determinar la invalidez o ineficacia, a saber: (i) la condición del supuesto de hecho (la existencia o no de elementos del negocio o prohibiciones legales); (ii) el modo de hacerla valer (*ipso iure* o a pedido de parte); (iii) el resultado que produce (salvable o insalvable); (iv) el ámbito de su alcance (*erga omnes* o no); (v) la situación existente hasta el momento que se hace la declaración judicial (validez o nulidad del negocio); y (vi) la naturaleza de la situación que la provoca (si es originaria o sobrevenida).

Cabe aclarar que el propósito sistematizador señalado en los párrafos precedentes y la consecuente búsqueda de criterios más o menos unívocos no constituye un simple ejercicio teórico, sino que tiene efectos prácticos muy concretos, que están relacionados con la necesidad de precisar con nitidez el alcance destructivo de cada uno de los remedios ante las anomalías del negocio. Así, por ejemplo, es distinta la revocación del acto por fraude a los acreedores (figura de ineficacia) en donde el negocio entre el deudor insolvente y el tercero -el negocio revocado- no es atacado⁽³⁾ que la nulidad (figura de invalidez) en el caso de la venta de un bien fuera de comercio, en donde la destrucción (o la inexistencia) es tan contundente, que ni siquiera es necesario invocar la nulidad. Se trata, pues, de figuras de contenidos muy distintos que, sin embargo, conviven al interior de una misma teoría. Por esa razón, el esfuerzo de sistematización es imprescindible.

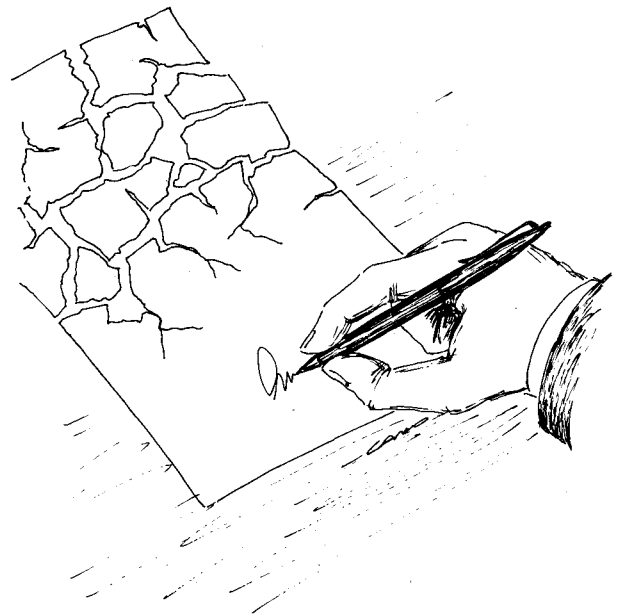
Es por ello que la indiferencia de cierta doctrina en lograr una precisión, argumentando que los negocios inválidos son ineficaces exactamente en el mismo sentido que los propios negocios ineficaces, no es totalmente aceptable puesto que la contraria no es correcta: los negocios ineficaces, sí son ineficaces, en sentido distinto a los negocios inválidos, como ha sido demostrado al haber distinguido la revocación de la nulidad.

2. FIGURAS DERIVADAS DE LA INVALIDEZ: LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD.

2.1 La inexistencia.

El tema de la inexistencia como figura autónoma, ha dado lugar a intensas polémicas a lo largo de varios siglos.

La antigua doctrina francesa introdujo el principio de que "no hay nulidad sin texto", probablemente en razón del carácter punitivo que originalmente tuvo la nulidad. Posteriormente, con la publicación del Código Civil francés y desprendida la nulidad de su carácter punitivo, se comenzaron a formular casos límite que demostraban la insuficiencia de tal figura, como fue la cuestión de la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo: dicho matrimonio no era nulo en razón de que faltaba el texto legal, pero tampoco podía considerarse válido, porque repugnaba a la moral.



Se comenzó entonces a recurrir a la figura de la inexistencia, sosteniéndose que ésta impedía toda apariencia de negocio, mientras la nulidad suponía un negocio nacido muerto. En ese sentido, la inexistencia se comparaba con un fantasma de negocio, en tanto que la nulidad se asimilaba a un negocio con cuerpo, aunque sin vida.

La doctrina posterior a la dación del Código Civil francés fue, sin embargo, reticente en considerar a la inexistencia como figura autónoma. Ello por entender suficientes para abarcar las hipótesis de nulidad sin texto, nociones como las de orden público, buenas costumbres o abuso del derecho. A lo cual se añadieron críticas como las de la insuficiencia de las explicaciones para justificar la distinción entre inexistencia y nulidad o la de considerar ambos

(3) En la revocación, reconstituido el patrimonio del deudor, el negocio produce efectos plenos. En ese sentido, el artículo 195 del Código Civil establece que el acreedor puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio.

conceptos como nociones extrajurídicas, que más que aclarar complican⁽⁴⁾.

El Código Civil parecería haberse adherido a tal doctrina, al no haber recogido la propuesta del Anteproyecto sustitutorio (artículo 29) en el sentido de considerar a la inexistencia como figura autónoma.

No obstante hoy, en consideración a que el principio de que no hay nulidad sin texto ha sido recogido por muchos códigos, incluyendo al Código Civil peruano⁽⁵⁾, un sector de la doctrina viene postulando la autonomía y vigencia de la figura de la inexistencia, oponiéndose a quienes, a partir de una óptica formalista del Derecho (declaracionismo radical) y en consideración a la "seguridad jurídica"⁽⁶⁾ consideran peligroso dejar en manos de los jueces una herramienta tan poco precisa como la inexistencia.

Tal tendencia a la formalización del Derecho, fuerza al legislador a inmunizar al contrato de la posibilidad de ser destruido (e incluso interpretado) sin norma legal explícita. En esos contextos, figuras como la de la inexistencia son vistas como "subversivas" de un orden supuestamente establecido a partir de la letra de la ley, sin considerar que la formalización llevada al extremo, termina propiciando situaciones de abuso del fuerte sobre el débil, como ocurre en los países desarrollados con la sobreutilización de cláusulas tipo por la gran empresa, o como ocurre en el caso de situaciones menos masivas, pero tanto o más desiguales en países subdesarrollados, en los que el acceso a contratos equilibrados y claros es definitivamente desigual. Y esta tendencia, naturalmente se agudiza en aquellas comunidades en las que el Poder Judicial es frágil y por lo mismo poco eficaz para repeler distorsiones mediante la correcta interpretación de los contratos y la eventual utilización de figuras que, aunque no reguladas expresamente, permiten corregir excesos y lograr el equilibrio entre las partes.

Es debido a su posición "anti-formalista" (si puede ser llamada de esa manera) que Federico de Castro y

Bravo⁽⁷⁾, uno de los más arduos defensores de la figura de la inexistencia afirma que "la razón de haberse mantenido el concepto, a pesar de lo insistente y fundado de las críticas, se encuentra en su utilidad, sus servicios en el pasado y los que se adivina podrá prestar en el futuro. Las figuras de los negocios no son abstracciones lógicas o matemáticas, sino que han sido tomadas de la experiencia social; las leyes, al regularlas, destacan los requisitos necesarios para su existencia; no siempre todos, y entre los no citados pueden estar aquellos más evidentes para la conciencia social o según la tradición jurídica. Cuando, ante una conducta anómala, una corruptela o a consecuencia de una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito no mencionado expresamente por la ley (aunque implícito, y no nombrado por su misma evidencia), se acudirá instintivamente, por su fuerza expresiva, a la calificación de inexistencia; precisamente para romper con ella los prejuicios propios de las concepciones estrechas de legalismo y de formalismo...".

Por último, razones técnicas justifican mantener la inexistencia como figura autónoma: únicamente el negocio nulo puede ser salvado mediante su conversión en otro negocio válido o mantenido como putativo, como es el valor de la letra nula como reconocimiento de deuda en el primer caso y la validez del matrimonio nulo del cónyuge de buena fe, en el segundo caso. Se requiere, entonces, de una figura extrema que impida toda posibilidad de convalidación y esa figura es la de la inexistencia del negocio. Se producirá entonces la inexistencia cuando "la falta de un requisito sea de tal alcance que impida la identificación del negocio, que haga inconcebible el negocio o que impida se dé el concepto del negocio"⁽⁸⁾.

Según señala De los Mozos, entonces, "...más que una categoría independiente dentro de la teoría de las nulidades, (la inexistencia) cobra el significado de un

(4) Messineo, por ejemplo, considera que "podemos limitarnos a replicar que falta la utilidad práctica de la distinción, porque, aun refiriéndonos a la nulidad, los efectos negativos de ésta no son menos intensos que los que derivarían de la inexistencia" (MESSINEO, Francesco. Derecho Civil y Comercial, tomo II, pág. 490).

(5) En cuanto a nuestro Código Civil, el artículo 219 es taxativo. Inclusive, cuando el inciso 8 del mismo remite al artículo V del Título Preliminar, se trata de una nulidad por oposición a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. No existe, pues, en la actualidad, nulidad sin texto.

(6) Según Castro y Bravo, el declaracionismo supondría la vuelta a los negocios solemnes del viejo Derecho. Citando a Thon, señala que "la función de quien declara sería la de dar a la palanca que pone en marcha el ordenamiento jurídico; y, como en los cuentos, sólo quien conoce la palabra de encanto puede llamar al genio. Pero también el que por descuido o sin saber lo que dice, hace aparecer al genio". Más todavía, supondría desconocer la diferencia entre negocio y acto; para algunos, en efecto, habría de tratarse como hecho del que resulta una responsabilidad objetiva (a lo dicho y a lo hecho, pecho). EN: DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit., pág. 62.

(7) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit., pág. 465.

(8) Ibidem, pág. 464.

recurso dialéctico al que se acude para forzar la categoría de la nulidad radical o absoluta y que puede tener (aunque no necesariamente) una base teórica sobrentendida o evidente (como la idea de la nulidad estructural), añadida a modo de circunloquio a lo que constituye el verdadero fundamento de la nulidad, puesto que son nulos los actos contrarios a la ley y una forma de nulidad es la que se deriva de la falta de los requisitos exigidos, en general o en concreto para la validez del acto o negocio de que se trate⁽⁹⁾.

“Pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, ésta puede ser invocada...”

Es por esta particular naturaleza de la inexistencia, que puede sostenerse que, pese a que el Código Civil no ha considerado expresamente la figura de la inexistencia, ésta puede ser invocada en aquellos casos en que, no siendo de aplicación ninguna de las hipótesis del artículo 219, el negocio jurídico no pueda ser aceptado como tal⁽¹⁰⁾. De otra forma y aplicando la misma lógica formalista, se llegaría al absurdo de considerar al negocio inexistente por su naturaleza, como un negocio válido, al no estar incluido en alguna de las hipótesis del artículo 219.

2.2 La nulidad.

Según la doctrina más generalizada, la nulidad se produce cuando el negocio jurídico carece de un requisito esencial, atenta contra el orden público o las buenas costumbres o infringe una norma imperativa. Son caracteres de la nulidad los siguientes:

a. La ineficacia del negocio nulo se produce *ipso iure*, esto es, de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, lo cual implica que “las partes pueden comportarse como si el negocio no se hubiera producido, sin necesidad de acudir al juez para pedir su nulidad”⁽¹¹⁾

Ahora bien, habrá casos en que la apariencia de validez del acto hará necesario a las partes demandar, o en su caso reconvenir la nulidad. En tales casos, el juez pronunciará una sentencia meramente declarativa, esto es, una sentencia limitada a constatar una realidad jurídica, que es la nulidad del acto.

Pero, si bien el efecto de la sentencia es el de declarar una situación ya producida, las partes podrían haber ejecutado el acto jurídico. En tales casos, deberá volverse a la situación previa a la celebración del acto nulo, restituyéndose aquello que en virtud del mismo las partes hubieran recibido. Para la restitución se aplicará el principio del *non adimpleti contractus*, que implica que cada una de las partes restituirá lo recibido únicamente si la otra está en posibilidad de hacerlo⁽¹²⁾. Por ello, en casos como los de pérdida de la cosa que impida su devolución, la contraparte no devolverá la prestación recibida.

b. Como consecuencia de lo anterior, la nulidad puede ser declarada de oficio por el juez, aunque no haya sido demandada, lo cual, como señala Castro y Bravo⁽¹³⁾ implica una excepción, tanto al principio de justicia rogada cuanto al de necesidad de congruencia entre demanda y sentencia.

Este carácter tiene también que ver con la trascendencia social de la nulidad: mal podrá exigirse el cumplimiento de una obligación contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

c. Cualquiera con legítimo interés económico o moral puede demandarla. Este carácter se explica por la trascendencia social de las causales de nulidad.

De esta manera, con el tamiz del legítimo interés, la nulidad podrá ser alegada por cualquiera: contratantes, fiadores, usufructuarios, acreedores perjudicados, legitimarios, etc.

d. El negocio nulo no puede ser fundamento de ningún efecto negocial “...de modo que la nulidad de un negocio puede originar una reacción en cadena de nulidades, su caída arrastrará titularidades, derechos,

(9) DE LOS MOZOS, José Luis. El Negocio Jurídico. Madrid, 1987, pág. 567.

(10) Debe señalarse, adicionalmente, que, de cualquier forma, el inciso 1 del artículo 219 debe ser considerado como de inexistencia. Como prueba de ello, puede sostenerse que no cabe la conversión de un acto jurídico en el cual no existe manifestación de voluntad.

(11) STOLFI, Giuseppe. Teoría del Negocio Jurídico, pág. 84.

(12) El principio del *non adimpleti contractus* ha sido recogido por el artículo 1426 del Código Civil. En el caso de la nulidad, tal principio se aplica a la inversa.

(13) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit., pág. 477.

nuevos negocios, enajenación y transmisión de derechos, obligaciones y cargas, en fin, de todo aquello que en el negocio tuviere su fundamento, se apoyara en él o de él se derivase"⁽¹⁴⁾. Así por ejemplo, como señala Castro y Bravo, una compraventa nula no dará lugar a la adquisición de la propiedad por el comprador, ni a la obligación de pagar el precio; la fianza eventualmente otorgada será nula, como nula la prenda que pudo haber constituido el comprador aparente, ni surgirán otros derechos como por ejemplo el retracto, ni serán válidas las adquisiciones del bien por sucesivos terceros.

La adquisición por terceros de buena fe y/o a título oneroso, sin embargo, es susceptible de ser protegida por la ley, lo cual ha sido hecho por el Código Civil únicamente a propósito de la acción de simulación (artículo 194). Cabe entonces preguntarse si en los demás casos de nulidad, los terceros adquirentes están o no protegidos. En nuestra opinión, el Código Civil no ha protegido a terceros adquirentes por las siguientes razones:

- Porque la nulidad, por definición, arrastra a los negocios jurídicos derivados del negocio nulo. Por ello, de haber querido la ley dar protección a tales terceros, lo habría hecho explícitamente.

- Porque, tanto los anteproyectos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 cuanto el Proyecto de Código Civil incorporaron expresamente, para el caso de nulidad, la protección de terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Debe suponerse, entonces, aplicando el método histórico de interpretación de la ley que, si el legislador ha partido de los antecedentes legislativos antes mencionados sin haber incluido la norma de protección a terceros, es porque su intención ha sido la de no hacerlo.

- Porque, unido a lo anterior, cabe sostener, interpretando a *contrario sensu*, que si el artículo 194 del Código, en el caso de simulación, protege restrictivamente a terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, es porque la norma general es la de no protegerlos.

- Porque, finalmente, interpretar en otro sentido, daría lugar a graves problemas, como el de determinar si sólo se protege a terceros que han adquirido de buena fe y a título oneroso, o si se protege, de manera general a terceros de buena fe, sin interesar el título de la adquisición.

Debe señalarse además, que no resulta de aplicación al caso la norma del artículo 948 del Código Civil, puesto que el mismo contempla la adquisición de la

propiedad mueble a *non dominio*, respecto a la cual la doctrina exige cuatro requisitos, a saber: (i) que se trate de cosa mueble; (ii) que la posesión sea *animo domini*; (iii) que exista buena fe en el adquirente; y (iv) que el primitivo propietario se haya desapoderado voluntariamente del bien. En el caso que nos ocupa, el requisito de buena fe, que en el contexto de los Derechos Reales implica la creencia por parte del poseedor de que quien le ha transferido la posesión es el verdadero propietario, no se vincula a la hipótesis planteada, por lo menos en relación a la primera transferencia. Y, de otro lado, el requisito de desapoderamiento voluntario del primitivo propietario, que implica la entrega de la posesión a un precario, tampoco tiene que ver con la hipótesis planteada. Es por ello que la doctrina es unánime en sostener que la regla de la adquisición de la propiedad a *non dominio* -que, como se señaló, es la regla contenida en el artículo 948- no ha sido formulada para convalidar defectos de título. La cuestión del título tiene su propia regulación en el Libro del Acto Jurídico y en el Capítulo de los Contratos (para adquirentes a título singular).

Conviene señalar, finalmente, que la trascendencia de la nulidad para arrastrar titularidades y derechos, sólo alcanza a aquellos efectos que el negocio hubiere podido producir en abstracto. Otros efectos surgidos como consecuencia de la celebración de un negocio nulo, podrán producirse. Ese sería el caso, por ejemplo, de la responsabilidad civil surgida a raíz del daño provocado por un negocio nulo.

e. El negocio nulo es insubsanable por confirmación. El fundamento de este carácter es coherente con la naturaleza de la nulidad, ya que dada la trascendencia que poseen las respectivas causales de nulidad en el orden social, resultaría un absurdo pretender que la sola voluntad del declarante pueda subsanar un acto de tal naturaleza. Es por ello que se dice que un acto nacido muerto no es susceptible de ser convalidado.

Esta imposibilidad de subsanación a través de la confirmación, no resulta contradictoria con la posibilidad de conversión que poseen los negocios nulos. La razón es sencilla: en la confirmación se subsana el mismo negocio, en tanto que en la conversión el negocio se convierte en uno distinto no atacado de nulidad.

f. El negocio nulo es insubsanable por efecto de la prescripción.

Nuevamente la lógica jurídica impone la solución, la cual, por lo demás, ha sido unánimemente acogida por la doctrina. En ese sentido cabe preguntarse: ¿cómo declarar prescrita la acción para demandar la nulidad de un contrato en que se ha vendido un bien fuera de

(14) *Ibidem*, pág. 477.

comercio?; ¿podría convalidarse dicha venta por el transcurso del tiempo?; ¿surtiría luego de prescrita la acción, efectos? Por cierto no. Y, para aquellos otros casos en que habría justificación social para la prescriptibilidad de la acción, como sería el caso de la venta realizada por un incapaz absoluto, debe señalarse que siempre será posible la adquisición mediante la prescripción adquisitiva larga, es decir, la adquisición sin justo título y sin buena fe.

Pese a la unanimidad de la doctrina en lo referido a la imprescriptibilidad de la acción y a la propuesta contenida en el artículo 32 del Anteproyecto del Código Civil, el Código Civil en su artículo 2001, en el mismo sentido que el Código anterior, ha establecido que la acción de nulidad prescribe a los diez años. Ello lleva a la necesidad de un comentario sobre la técnica legislativa en esta materia. En nuestra opinión, al legislar es necesario distinguir entre el diagnóstico de las anomalías (error, lesión, violencia o incapacidad) y su respectivo tratamiento o remedio (anulación, rescisión o nulidad).

El legislador podrá decidir que determinada anomalía justifica una sanción de mayor o de menor grado, y así establecerlo, o reconocer que la evolución social exige incorporar o excluir ciertas anomalías como objeto de ciertos remedios. Pero, de lo que el legislador debe abstenerse, es de modificar los caracteres de los remedios tal como han sido considerados por la doctrina y por los códigos civiles fundamentales, puesto que éstos constituyen recursos meramente técnicos, sin ningún contenido ideológico o valorativo.

Es cierto que, por ejemplo, para el caso de la venta de un bien por un incapaz absoluto resulte excesiva la imprescriptibilidad de la acción, pero, en realidad, lo que resulta excesivo es, más bien, tratar el caso de incapacidad absoluta como uno de nulidad absoluta. Si se le tratara, en cambio como uno de anulabilidad, la destrucción del acto quedaría a iniciativa del tutor o curador, y el incapaz estaría incluso mejor protegido, al poderse optar entre mantener el negocio o destruirlo. No debe olvidarse, por lo demás, que la norma contenida en el artículo 229 del Código Civil, relativiza enormemente los efectos de la incapacidad.

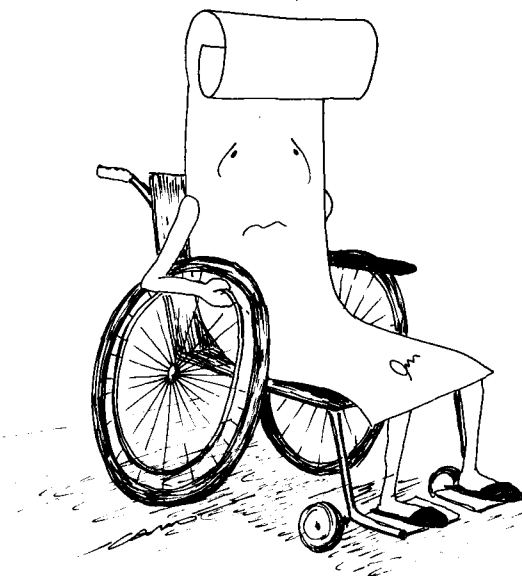
Continuando con lo anterior, un caso en que la evolución social ha determinado una modificación es el de la contratación entre cónyuges, la cual, en virtud de los cambios referidos al rol de la mujer, ha dejado de justificar una nulidad que se basaba en la necesidad de evitar la previsible preponderancia del marido sobre aquélla. La finalidad ilícita, en cambio, en razón de un saludable viraje del formalismo que dominó el Derecho Civil especialmente a comienzos de siglo hacia su desformalización, ha sido incorporada (o más bien reconsiderada) como causal de nulidad. En estos casos,

el legislador ha estado (y debe estar) abierto al cambio. En lo que, más bien, no debe haber cambio, sino una tarea dirigida a uniformar es en la caracterización de los remedios (o sanciones). Mitigar el remedio por parecer excesivo para algunos casos sólo ocasiona que otros casos no puedan ser objeto de adecuado tratamiento por haber sido objeto de modificación. Es por ello que decíamos que las anomalías deben ser objeto de revisión permanente, pero los remedios no, dada su condición de recursos meramente técnicos, que cuanto más precisos y uniformes sean, resultarán de mayor utilidad.

Procede ahora concentrar la atención en tres figuras derivadas directamente de la nulidad, a saber: (i) la nulidad virtual; (ii) la conversión del negocio nulo; y (iii) la nulidad parcial.

2.3 La nulidad virtual.

Se trata de uno de los supuestos de nulidad, que es aquel que se produce cuando el acto jurídico se opone a una norma imperativa. En tal caso, la solución se impone: un acto jurídico que contradice una norma imperativa no puede ser otra cosa que nulo.



Ahora bien; si bien es cierto que la solución precedente es del todo lógica, no es menos cierto que la circunstancia de que mucha de la producción legal sea actualmente obra de técnicos no profesionales en Derecho, obliga a replantear la cuestión. En efecto, estos redactores, al desconocer el tratamiento doctrinario de los efectos de las normas jurídicas según sus distintas cualidades, suelen abusar de la redacción imperativa

para imponer requisitos secundarios que, de haber sido contrastados con la posible nulidad del acto, habrían sido excluidos de tal posibilidad.

Así por ejemplo, las restricciones impuestas por disposiciones meramente administrativas que no producen nulidad son, según algunas sentencias del Tribunal Supremo español reseñadas por Castro y Bravo⁽¹⁵⁾ los casos de limitaciones en la enajenación de obras de arte, limitaciones en el precio del hospedaje, infracción de disposiciones laborales, el no acreditar el pago de derechos reales, la no inscripción de una marca en el Registro de Propiedad Industrial, entre otras.

Es por ello que es lícito al intérprete, trascender el texto supuestamente imperativo de la norma y situarlo en su real contexto de regla que impone exigencias secundarias que, si bien obligan, su incumplimiento no tiene por qué justificar la nulidad del acto.

2.4 La conversión del negocio nulo.

Los negocios nulos son susceptibles de conversión. Consiste la conversión en “una corrección de calificación jurídica del negocio, o sea, en estimarlo como negocio de tipo distinto de aquel que fue realmente celebrado”⁽¹⁶⁾.

Se trata pues, de un remedio para evitar la nulidad de un negocio que sería considerado nulo tal como ha sido calificado por los declarantes, haciendo que se considere como uno distinto al que se realizó, en función del principio de conservación del negocio jurídico⁽¹⁷⁾.

Dos son los requisitos para que un negocio jurídico pueda ser convertido: (i) que los elementos y requisitos que se exigen para el nuevo negocio estén presentes; y (ii) que la finalidad práctica perseguida por las partes pueda ser cumplida a través del nuevo negocio⁽¹⁸⁾. En

este último caso, se trata de que los negocios sean compatibles, como lo son la letra de cambio y el reconocimiento de deuda, por ejemplo y como no lo son la compraventa y la donación, como acertadamente indica De los Mozos⁽¹⁹⁾.

La conversión es una figura que se conoce desde Roma, aunque considerándose como solución aislada útil para romper la rigidez del formalismo de los tipos negociales⁽²⁰⁾. Cuando con el Derecho Intermedio se consagró la autonomía de la voluntad y se la amparó aun en los casos de expresión indebida, se comenzó a recurrir a la conversión como criterio general.

La pandectística alemana conoció también la conversión y por primera vez en materia legislativa, el Código alemán la consagró como práctica general⁽²¹⁾.

El Código Civil peruano, a pesar de la propuesta de regular la conversión en los anteproyectos del Código Civil, la desechó como posibilidad genérica, habiéndola introducido específicamente para casos determinados como supuestos de conversión legal. Ello, por la misma razón que la que supuestamente ha primado al descartarse la inexistencia como figura independiente y que parece más bien propia de países con una administración de justicia poco desarrollada: que no es conveniente dejar en manos de los jueces cuestiones tan delicadas como las de convertir actos o contratos.

No obstante haber sido desechada por el Código Civil, en nuestra opinión, la utilización de la conversión depende, no de un dispositivo legal, sino de la toma de posición doctrinaria que descarte la tesis del negocio como finalidad jurídica y acoja la del negocio como finalidad práctica y que, consecuentemente, permita que los negocios que han sido formulados de manera equivocada puedan ser corregidos o moldeados por el

(15) *Ibidem*, pág. 473.

(16) BETTI, Emilio. *Op. cit.*, pág. 375.

(17) Según el principio de conservación del negocio jurídico, entre mantener o destruir el negocio jurídico, debe optarse por lo primero.

(18) En relación a los requisitos de la conversión, debe señalarse que esta figura sólo tiene sentido al interior de la teoría que, desechando la idea de que en el negocio jurídico las partes persiguen fines jurídicos, sostiene que lo que se evalúa es su propósito práctico. Así no se trataría de que las partes persigan la finalidad de una compraventa en abstracto, sino la de tener (a través de ella) el uso y la disposición del bien. Es importante señalar también que los voluntaristas consideran como requisito de la conversión el que las partes hayan hipotéticamente querido el nuevo negocio (teoría subjetiva). Basándonos en Betti, no hemos considerado dicho requisito pues, en nuestra opinión, lo único que interesa es que el nuevo negocio satisfaga los propósitos de las partes, no siendo necesario recurrir a ficciones que no hacen sino pretender confirmar que la voluntad es la fuente del negocio jurídico, sin aportar nada sustancial.

(19) DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. cit.*, pág. 591.

(20) Debe recordarse que en el antiguo Derecho Romano existían cuatro contratos tipo únicamente. El negocio jurídico, como figura abstracta y paradigmática, surge solamente con la pandectística alemana del siglo pasado.

(21) El artículo 140 del Código Civil alemán establece que “Si los requisitos de un negocio jurídico nulo corresponden a los de otro negocio jurídico, valdrá éste entonces, si puede entenderse que se hubiera querido su validez, de haber sabido su nulidad”. El artículo 1424 del Código Civil italiano, por su parte, establece que “El contrato nulo puede producir los efectos jurídicos de otro contrato, con tal que contenga sus requisitos de sustancia y forma, cuando debe entenderse que las partes lo habrían querido así si hubieran conocido la nulidad, teniendo en cuenta el fin perseguido por ellas”.

juez, a fin de que conserven su capacidad de producir la finalidad para la que fueron concebidos.

Por ello, pese a que habría sido preferible su expresa incorporación por el Código Civil, puede sostenerse que nada en éste impide que en determinados casos, cumpliendo con los requisitos de la conversión, pueda recurrirse a ella, puesto que, al final, ésta no es sino la culminación del proceso de interpretación del negocio jurídico⁽²²⁾.

“... la utilización de la conversión depende, no de un dispositivo legal, sino de la toma de posición doctrinaria que descarta la tesis del negocio como finalidad jurídica...”

Se consideran tres tipos de conversión, a saber: (i) conversión formal; (ii) conversión legal; y (iii) conversión en sentido estricto.

La conversión formal se produce cuando teniendo el documento que contiene al negocio un vicio formal de nulidad, éste puede valer conforme a otra forma de documento cuyos requisitos sí reúne. Así, el testamento por escritura pública nulo puede valer como testamento ológrafo.

Esta forma de conversión ha sido cuestionada como supuesto de verdadera conversión, puesto que -se sostiene- el negocio sigue siendo el mismo. Castro y Bravo⁽²³⁾ sostiene, sin embargo, que tal reparo no es decisivo, “ya que se ha de considerar distinto, por ejemplo, el negocio formal cambiario de los negocios civiles no formales o menos formales, con la consecuencia de una distinta o limitada eficacia”. Lo que afirma Castro y Bravo lleva a la conclusión de que la forma sí tiene vinculación con la sustancia por lo que la corrección en ese caso, implicará una verdadera conversión del negocio al haberse creado uno de idéntica naturaleza, aunque con efectos más limitados.

La conversión legal es aquella impuesta por la ley. Así, el falso mutuo, que el artículo 1665 del Código Civil peruano ha calificado como compraventa.

La conversión en sentido estricto -para algunos la única forma de conversión- supone considerar al negocio nulo como uno de otro tipo, atendiendo al propósito práctico de las partes, y sin que la ley la contemple de manera específica. Estos son los casos de la prenda como derecho de retención; del subarrendamiento como arrendamiento en el caso que el subarrendante adquiera la propiedad; de la letra de cambio nula que puede valer como reconocimiento de deuda; del endoso irregular de un título como cesión de crédito; de la escritura pública como escritura privada, etc.

El significado de la conversión, señala Castro y Bravo⁽²⁴⁾, es la de “un buen instrumento con el que remediar algunos resultados injustos, derivados de la estrictez de los sistemas en los que prevalece una concepción formalista del negocio; sea que se le entienda dirigido a un determinado efecto jurídico o se admita un tipo abstracto de negocio. No es necesario en un sistema abierto, como el español, en el que ha de atenderse al fin práctico de las partes, a la causa concreta del negocio. Sin embargo, puede ser útil para mantener la flexibilidad del sistema, especialmente como remedio frente a las nuevas y ocasionales leyes, en las que indiscriminada e irreflexivamente, se imponen requisitos secundarios bajo sanción de nulidad”.

Se trata, pues, de una figura de especial utilidad para evitar la nulidad, a través de una adecuada calificación del negocio, cuando el fin práctico merezca amparo legal.

2.5 La nulidad parcial.

La nulidad parcial pretende resolver el problema de la nulidad en aquel negocio que contiene una serie de cláusulas no vinculadas entre sí, que dan lugar a derechos de distinta naturaleza o de negocios complejos o interdependientes uno del otro. Según De los Mozos “en esos casos juega, la idea de la doble tipicidad del negocio, o de la multiplicidad de su contenido frente a la unidad de su instrumento o finalmente la consideración de la

(22) Cuando se dice que la conversión es la culminación del proceso interpretativo, no se desconoce que la conversión -como proceso de calificación- es de naturaleza distinta a la interpretación, ya que no busca indagar cuál ha sido la voluntad de las partes. Se quiere señalar, más bien, que es un proceso que se realiza con posterioridad y como consecuencia de la interpretación.

(23) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit., pág. 487.

(24) Loc. cit.

independencia de sus diversos elementos o efectos⁽²⁵⁾.

Las alternativas son en este caso: (i) la de considerar que la nulidad afecta irremediabilmente a la totalidad del negocio; y (ii) la de separar del negocio las cláusulas nulas, con la finalidad de salvarlo. Este último procedimiento es la reducción del negocio jurídico.

El enfrentamiento entre tales alternativas ha sido muy bien condensado por Castro y Bravo⁽²⁶⁾ cuando señala que "de un lado se nos dice que nada justifica que cuando se ha querido una pluralidad de resultados, aquel que por sí mismo sea válido vaya a dejar de serlo, porque otro no lo es: *utile per inutile non vitiatur*. Del lado contrario se ha señalado que un negocio no es ya el mismo, no es aquel que se quiso o se consintió, en cuanto se le mutila o amputa: *unus actus non potest pro parte valere, pro parte non...*".

Sin embargo, como es aceptado por la doctrina, no es posible optar *a priori* por una u otra alternativa, ya que la cuestión se vincula en principio con la pregunta de ¿cuál ha sido la voluntad de las partes al haber pactado cláusulas no vinculadas entre sí? o, lo que es lo mismo, ¿habrían querido las partes el negocio aun sin la parte nula? Para lo cual es posible, tanto partir de que el negocio es en principio nulo (salvo que las partes lo hayan querido, aun parcialmente) cuanto que el negocio es en principio parcialmente válido (salvo que las partes no hayan querido un negocio reducido).

El Código Civil, en su artículo 224 opta por salvar el negocio siempre que las cláusulas sean separables, sin proponer concretamente un criterio de separabilidad. Tal criterio deberá ser, a nuestro entender, el de mantener la validez del negocio cuando responda a los fines prácticos perseguidos, según como se interprete la voluntad de las partes, distinguiendo lo que es esencial

de lo que no lo es, apreciando la naturaleza del negocio y, en general, las peculiares características de cada caso.

Casos de nulidad parcial son, según la reseña de Castro y Bravo⁽²⁷⁾ de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: la transacción válida con un pacto nulo de arbitraje, el arrendamiento de minas con pacto de prórroga indefinida por el arrendatario, el arrendamiento de teatro por tiempo ilimitado o el matrimonio a prueba.

Casos que no podrán ser salvados, según lo señala la sentencia del Tribunal Supremo español del 29 de enero de 1969 citada por Castro y Bravo serán aquellos en que "la concordancia de los pactos constituya la entraña del negocio, que no permita disociar la intervención de las partes, ni conceder virtualidad a una sola de ellas, por ser causa de cada una, la de la recíproca". Casos que podrán ser salvados, en cambio, son aquellos en que los pactos "no están íntimamente vinculados ni en relación de recíproca dependencia", según como lo señala la sentencia del 17 de mayo de 1958, también citada por Castro y Bravo⁽²⁸⁾.

Caso distinto es el de la nulidad parcial por mandato de la ley, en que ésta reduce el negocio sin declarar su nulidad y sin permitir que ésta pueda ser alegada. Así, por ejemplo, el artículo 1001, que reduce el plazo en exceso del usufructo en favor de personas jurídicas o el artículo 1768 que reduce el plazo de la locación de servicios a seis o a tres años, según se trate de servicios profesionales o de otra clase.

NOTA:

Este artículo será próximamente completado con una segunda parte dedicada a analizar la anulabilidad de los negocios jurídicos, así como las principales figuras de ineficacia, como son la rescisión y la resolución. ♣

(25) DE LOS MOZOS, José Luis. Op. cit., pág. 592

(26) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Op. cit., pág. 492.

(27) Ibidem, pág. 494.

(28) Loc. cit.