

PATOLOGIA NEGOCIAL: INVALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO *

INTRODUCCION

1. Ideas Generales

En los procesos orgánicos, la salud y la enfermedad son, respectivamente, los modos de ser naturales y patológicos. "Aristóteles afirmó, hace mucho tiempo, que podemos tener un conocimiento de lo que es la salud si consideramos las situaciones en que ésta falta. Cuando disfrutamos de salud el solo hecho -tan simple y transparente- no ofrece posibilidades para su análisis. Solamente en estado de enfermedad es cuando se percata uno de la complejidad del cuerpo... Nuestro interés, pues, estriba en las enfermedades del Derecho, no por morbosidad, sino por su importancia clínica. En consecuencia, nos propondremos tratar fundamentalmente con las formas más sutiles de la patología legal".¹ En materia negocial existen múltiples confusiones e imprecisiones en doctrina y jurisprudencia,² por lo que se hace necesario distinguir las diversas formas anormales en que puede presentarse el negocio jurídico. Según la enfermedad así debe ser el remedio: se entiende, por ello, que frente a cada anomalía ha de ser diversa la reacción del Ordenamiento; es necesario determinar las diversas modalidades de reacción del Ordenamiento frente a las diversas anomalías negociales.³ Puede hablarse de vicisitudes del negocio para indicar todas las circunstancias que pueden influir sobre su suerte; estas circunstancias pueden dividirse en dos grandes categorías: las que determinan invalidez y las que producen ineficacia.⁴

2. Valores, invalidez e ineficacia

Los diversos problemas relativos a la invalidez e ineficacia de las programaciones negociales encuentran sentido sustancial en el concepto de valor. La invalidez es una valoración negativa (un juicio que expresa un "disvalor"); la ineficacia es, en cambio, la falta de atribución de un índice de valor (de posibilidad o necesidad axiológica) a un comportamiento (el previsto por las partes para dar satisfacción al interés programado).

El tema del valor explica no solamente las diversas vicisitudes negociales aquí tratadas, si-

1. FULLER, Lon L., *Anatomía del Derecho*. Monte Avila Editores, Caracas, 1969, p.18. Algunos hablan de "Patología negocial". TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto Civile*, Cedam, Padova, 1971, p.190.

2. "...los escritores no tienen ideas suficientemente claras sobre la materia de la patología negocial". SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Seconda edizione, Napoli, Casa editrice Dott Eugenio Jovene, 1969, p.387. V.nota 56

3. SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contratti in generale*. Casa ed.F. Vallardi, Milano, 1972, p.2330.

4. V. sobre el tema: MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Volume terzo, Dott A. Giuffrè-editore. Milano, 1959, p.671.

* Este capítulo fue publicado en la Revista Judicial N-8, Corte Suprema de Justicia, San José, COSTA RICA.

no toda forma de eficacia jurídica⁵ en cuanto el ser humano se fija metas y fines, persigue determinados objetivos y rechaza otros y modela su vida en sociedad conforme a un "deber ser".⁶ En este sentido se ha llegado a identificar "valor" con "bien";⁷ también se ha identificado "bien" con "útil"⁸ y definiéndose la utilidad como capacidad de satisfacer intereses, resulta clara la relación entre "valor" e "interés".

Actualmente el concepto de valor es de amplia aplicación en la metodología de las ciencias sociales⁹ y, en particular, en el Derecho como subtipo (junto con la moral) de la ética.

También hay estrecha relación entre el concepto de "valor" y el de "cultura", en cuanto cultura, en sentido amplio, es todo aquello que gracias a sus relaciones con valores, tiene significado e importancia para el hombre que reconoce estos valores como tales.¹⁰

Los valores se presentan como cualidades de cosas o de conductas¹¹, o pautas ideales.¹²

En lo jurídico hay una dimensión axiológica.¹³ Las instituciones jurídicas están fundadas en ideas de valor, son medios para su realización.¹⁴ Abelardo Bonilla llegó a afirmar que "el progreso y el perfeccionamiento pragmático del Derecho sólo puede obtenerse mediante una adecuada educación cuya esfera principal no puede estar exclusivamente en la ciencia o teoría de esa disciplina, sino en el análisis y comprensión de sus fundamentos axiológicos".¹⁵

5. Las formas normales y las formas patológicas fueron así estudiadas por Adolfo MEERKEL, el que "comparando metafóricamente la sociedad con un organismo biológico, distinguió en la misma entre situaciones de buena normalidad estructural y funcional y situaciones patológicas o enfermizas; y, fundándose sobre los datos de las primeras, esto es, del estado de salud social, intentó elaborar una estimativa o axiología jurídica. Herbert SPENCER proyectó algo semejante sobre la base de lo que él llamaba la ley de la evolución progresiva. Ahora bien, la calificación de normal o la de patológico, así como la nota progresiva, referida a la evolución, no constituyen datos de experiencia, antes bien estimaciones, juicios de valor discriminatorios proyectados sobre los datos de la experiencia" RECASENS SICHES, Luis *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. Primera edición, México, 1970, p.280.
6. V. MANDRIONI, Héctor, *Introducción a la filosofía*. Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1964, p.128.
7. "La escolástica denominada "bien" al aspecto de estimabilidad o apetibilidad que todo ser posee. Hoy se denomina más bien "valor" a la cualidad de estimabilidad, reservando la palabra "bien" a los seres concretos capaces de realizar el valor... la moderna teoría de los valores con LOTZE a la cabeza, está edificada precisamente sobre la base de una radical distinción entre el valor y el bien, viendo en el primero algo independiente y absoluto, y en el segundo, algo sujeto a las vicisitudes de los seres relativos y mudables". MANDRIONI, op. cit., supra 6, p.129.
8. SPINOZA, Baruch. *Ética*. Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1963. p.280: "Entiendo por bueno lo que sabemos con certeza que nos es útil".
9. "Rickert ha hecho entrar el concepto de "valores" en la metodología de las ciencias morales, en la única forma admisible para el neokantismo, en cuanto él presentó este concepto como un "a priori" teórico-cognoscitivo de estas ciencias, sin dar una respuesta a la pregunta qué es el valor?". LAARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giurídica*, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p.137.
10. LARENZ, op. cit. supra 9, p.138.
11. "...son una cualidad que ellas nos presentan en tanto que coinciden con ideas de valor, en tanto que, por ejemplo, se nos muestran como justas, buenas, hermosas, útiles, etc.". RECASENS, op. cit. supra 5, ps.11 y 12.
12. RECASENS, op. cit., supra 5. p.12.
13. V. por ejemplo las obras del brasileño Miguel REALE y del italiano DEL VECCHIO. "...el derecho tiene tres dimensiones: A) Dimensión de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo, B) Dimensión normativa, de una normatividad específica, caracterizada por unas notas propias entre las cuales figura la de imposibilidad inexorable o coercitividad, C) Una dimensión de valor, estimativa o axiológica.." RECASENS, op.cit., supra 5, p. 45.
14. RECASENS, op.cit., supra 5, p.12.
15. LASCARIS, Constantino. *Desarrollo de las ideas filosóficas en Costa Rica*. Editorial Costa Rica, San José, 1964.

Sobre los valores existen diversas tendencias que analizaremos más adelante, como la corriente relativista o subjetivista, la corriente fenomenológica, el realismo, etc.¹⁶ "Cuando en el último tercio del siglo XIX se empezó a pensar en términos generales sobre los valores, se tendió a una concepción subjetivista de éstos; es decir, se los entendía como proyecciones del agrado que determinados objetos y comportamientos nos producen; o se los entendía como expresión de los deseos, afanes, apetencias o intereses que unas cosas o conductas nos provocan. Pero, más tarde, desde comienzos del siglo XX, la nueva filosofía fue refutando esas concepciones subjetivistas, y fundó la teoría objetivista de los valores. Se cayó en la cuenta de que no puede definirse el valor simplemente como aquello que nos agrada, ni se puede caracterizar como disvalor o anti-valor aquello que nos desagrade. Porque sucede a menudo que tenemos como valiosas cosas que nos producen serios dolores, como por ejemplo, difíciles conductas morales..."¹⁷

Se han producido también amplias discusiones sobre la captación del valor. Para Radburch, por ejemplo, es una función de la conciencia.¹⁸ Para otros la captación se produce, más bien, mediante una intuición emocional; sostiene este punto de vista Max Scheler¹⁹; otros hacen referencia al sentimiento.²⁰

Los valores jurídicos son objetivos²¹ y son relativos²². Se trata de preferencias circunstanciales.²³ Su objetividad es social.

Como resultado de lo anterior, cualquier comportamiento diverso del que debe realizar los valores produce "disvalores", lesiones de intereses y pone en movimiento el "mecanismo" jurídico.²⁴

16. V. MANDRIONI, op. cit. supra 6. pss.129,130.

17. RECASENS, op. cit. supra 5. p.12.

18. V. LARENZ, op. cit. supra 9. p. 141. Se ha dicho también que "es sobre todo con el despertar de la "conciencia intelectual" que se opera el descubrimiento del mundo superior de los valores..." MANDRIONI, OP.CIT, SUPRA 6, P. 127.

19. V. SCIACCA M. Federico, *Historia de la Filosofía*, Luis Miracle ed. Barcelona, 1958, p. 621.

20. V. RECASENS, op. cit., supra 5. p. 56. Se ha dicho al respecto: "Se nota en ellas una fuerte tendencia a afirmar que la captación del valor se produce en otra parte, que no es precisamente el conocimiento representativo y conceptual. El campo de lo racional, el de la ciencia, es el campo de la cosa, del objeto determinado, del dato de la experiencia, pero no del valor. Este se encuentra del lado del sentido afectivo, de la libertad, de la voluntad, de una cierta fe personal". MANDRIONI, op. cit., supra 6, p. 143. V. tamb. LLUMIA, Giuseppe. *Il diritto tra le due culture*, Giuffrè-ed. Milano, 1971, p.61.

21. "los valores son producto exclusivamente humano, es decir, subjetivos, y la única objetividad que cabe es el poder de aceptación que logren en un determinado momento histórico, como aprobación intersubjetiva, es decir que esta es la única universalidad posible de los valores, la lograda por la objetividad cultural, y así al pasar a la existencia cultural logran una objetividad histórica...". MADRIGAL, Ramón. *Los valores y el Derecho como realidad inmanente al hombre*. Revista de Ciencias Jurídicas, No.23, febrero 1974, Universidad de Costa Rica, Escuela de Derecho. ps. 221, 222.

22. "...El concepto teórico de la relatividad de los valores, dependiente de su condicionamiento histórico, no conduce necesariamente a una actitud de relativismo práctico, y no compromete para nada el empeño moral que se requiere del hombre. El mismo condicionamiento histórico que -se afirma- sustrae los valores al arbitrio individual, legándolos a situaciones objetivas...". LUMIA, op.cit., supra 20, p.207.

23. Sobre el valor como preferencia se ha dicho: "...una norma, significa que entre las varias posibilidades fácticas de comportamiento hay algunas elegidas y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegidas lo son porque resultan preferidas a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración". RECASENS, op. cit., supra 5. p. 279.

24. "Si el Derecho es el conjunto de los máximos valores actuables, si la sanción es la consecuencia daños derivada de transgresión de un valor...ella pone en movimiento contra el transgresor las fuerzas jurídicas". LUMIA, op. cit. supra 20, p. 97

3. Axiología. Tendencias

El estudio de los valores ha sido realizado desde diversas perspectivas. La axiología contemporánea comienza su desarrollo con Nietzsche y Lotze; tiene sus impulsores en los discípulos de Brentano (en particular Meinong y Ehrenfels) y ve su culminación con Scheler y Hartmann.

Es posible afirmar la existencia de cuatro direcciones axiológicas principales: 1) la concepción objetiva, 2) la concepción subjetiva, 3) la concepción ideal-formal y 4) la concepción ideal sustancial.²⁵

La idealidad ético-material del valor ha sido afirmada por las diversas corrientes iusnaturalistas²⁶; el subjetivismo axiológico, por su parte, responde a las concepciones de toda una época y se encuentra asociado al movimiento romántico que tiene sus manifestaciones políticas y económicas en el liberalismo y jurídicas en el voluntarismo, en particular en el pensamiento de Windscheid.²⁷

Este subjetivismo axiológico fue superado por Scheler.²⁸ Considera que el valor es una cualidad de las cosas que por ello se denominan bienes. Para Scheler los valores se perciben mediante una operación no intelectual llamada estimación. Señala Scheler varias propiedades de los valores. En primer lugar, la polaridad. Todo valor es positivo o negativo, es decir, o es valor o contravalor. En segundo lugar tienen una peculiar "materia" que los hace irreductibles entre sí y de la cual depende la "reacción" del sujeto que lo estima. La reacción concomitante a los valores de lo santo, por ejemplo, es la veneración. Otra propiedad del valor es el tener "jerarquía". Hay valores altos y valores bajos...²⁹ Para Hartmann, en cambio³⁰ el valor posee una consistencia independiente del mundo de las cosas.

Obsérvese que la posición objetivista tiene fundamentalmente dos direcciones: absolutismo y relativismo. La posición absolutista está representada por Hartmann y ha sido criticada por

25. Sobre el tema de las cuatro concepciones del Derecho como valor v. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica. Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed, Milano, 1970, ps. 229 y ss. y FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed. Milano, 1975, ps. 36 y ss. En general sobre el tema v. GONZALEZ, Angel, *Historia de la filosofía*. Ediciones y publicaciones Españolas S.A., Madrid, 1964, p. 133.
26. La bibliografía sobre el tema es muy amplia. V. en particular: MULLER-ERZBACH, Rudolf, *Die Rechtswissenschaft im Umbau*, Hueber Verlag, München, 1950, p. 5, VERDROSS, Alfred, *Filosofía del Derecho Occidental*, Centro de estudios filosóficos U.N.A.M. México, 1962, p. 78 PIANO, Vincenzo, *Dogmática giuridica (storia)* Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed. Milano, 1964, p. 677, HAMPSTEAD, Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, Stevens, London, 1972, p. 79. WERTENBRUCK, Wilhelm, *Versuch einer kritische Analyse der Rechtslehre Rudolf von Jherings*. Gruyter Co. Berlin, 1955, p. 44. AQUINO, Tomás de, *Summa Teologica*, Editorial Difusión Buenos Aires, 1944, p. 197, GUTIERREZ, Carlos José, *Sul diritto naturale*. Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1963, Roma, p. 703 y ss.
27. WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884. Cit. p. HECK, *The formation of concepts, Jurisprudence of interests*. Harvard, 1948. p. 6.
28. "Max Scheler (1874-1927) profesor de Colonia, procede directamente de la fenomenología. Perteneció a la Iglesia Católica, pero en los últimos años de su vida se separó de ella y se hundió cada vez más en la heterodoxia. Sus obras principales son: *El formalismo en la ética y la ética materia de los valores*, *El resentimiento en la moral*, *El puesto del hombre en el cosmos*, *Las formas del saber y la sociedad*. *De lo eterno en el hombre*". GONZALEZ, op. cit., supra 25 p. 133
29. V. GONZALEZ, op. cit., supra 25, p. 133.
30. "Nicolás Hartmann (1882-1950), discípulo de Husserl y profesor en Berlín ha escrito las siguientes importantes obras: *Fundamentos de una metafísica del conocimiento*, *Ética. Para la fundamentación de la ontología*". op. cit., supra p. 133

Fronzizi como "abstracción".³¹ Este último autor sostiene que debe verse el valor como algo relativo al hombre, a su mundo y a sus circunstancias. En términos análogos sostiene Recaséns Siches que la objetividad de los valores es inmanente a la vida humana.³² Ya esta relatividad del valor, lo mismo que su jerarquía se encuentra en las obras de Scheler y Hartmann.³³

4. Invalidez e ineficacia

Con base en las precedentes aclaraciones generales es posible dar una fundamentación sustancial a la problemática negocial (invalidez e ineficacia). La imprecisión terminológica sobre la materia ha llevado a algunos autores a negar valor a la distinción entre invalidez e ineficacia.³⁴ En la doctrina es, sin embargo, mayoritaria la posición que establece claras distinciones entre ambos tipos de calificación. Inválido es el acto defectuoso o viciado en el supuesto de hecho; ineficaz, en sentido estricto, es el negocio donde están en regla todos los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el Ordenamiento jurídico, pero donde por otras circunstancias se impide (o se determina suspensión o eliminación de) la eficacia.

Se ha aclarado que la ecuación "Invalidez: ineficacia" no es admisible porque se trata de nociones que operan en planos diversos y se fundamentan en razones distintas. "El juicio negativo puede depender tanto de la circunstancias de que los elementos constitutivos y a los presupuestos concomitantes del negocio concreto no correspondan a los esenciales y a los presupuestos necesarios del tipo legal, como del hecho de que, aun no faltando la necesaria correspondencia entre unos y otros, se opone, sin embargo, a la producción de los efectos propios del tipo legal, un impedimento extraño al negocio concluido"³⁵; se habla de "requisitos de validez" y "concausas de eficacia" respectivamente.³⁶

La distinción resulta clara si se piensa que la ineficacia supone un negocio válidamente formado.³⁷ Además en la invalidez puede darse eficacia precaria o removible (en los casos de anulabilidad) que también puede llegar a ser definitiva.³⁸

Tampoco es asimilable a la invalidez la ineficacia relativa que implica solamente una limitación subjetiva en el contenido del efecto.

31. Cit.p. GUTIERREZ, Carlos José. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Editorial Tridentis S.A., Madrid, 163.p. 264.

32. Cit.p. GUTIERREZ, op. cit., supra 31.p.246.

33. V. GUTIERREZ, op.cit., supra 31.p.246 y ss.

34. Por ejemplo, se ha dicho: "La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible. Por un lado la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también, por hipótesis, ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso de una ineficacia proveniente de la invalidez y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones...". DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*. Volumen Primero. *Introducción Teoría del Contrato. Las relaciones obligatorias*. Editorial Tecnos. Madrid. 1972, ps.289,290.

35. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.p. 348

36. V. FALZEA, Angelo. *La condizione*. Dott. A. Giuffrè-ed Milano, 1941.p. 317. Admite esta diversidad de planos LA CRUZ BERDEJO. José Luis, *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Vol. segundo, Bosch-ed. Barcelona. 1977.p. 270.

37. Así STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negozio giurídico*. Padova. Cedam,1961.p.99.

38. V. TOMMASINI, Raffaele, *Invalidià*. Enciclopedia del diritto. Vol. 22. Giuffrè-ed. Milano, 1971. p.p 10. En términos análogos SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 2. ps. 408 y 409.

Nada tienen que ver, en fin, con la invalidez, las hipótesis de ineficacia sucesiva (resolución o revocación),³⁹ pues esta forma de ineficacia (sobreviniente) presupone la validez.

Las razones teóricas que fundamentan la no asimilabilidad de la invalidez a la ineficacia se encuentran en que, en los casos de invalidez "no se puede hablar en sentido técnico de ineficacia, porque la falta de actualidad o de determinación del interés negocial no depende de la interferencia de intereses externos y tampoco de la falta de los elementos subjetivos y objetivos del efecto jurídico, sino de un vicio inherente a su fase de constitución".⁴¹ En síntesis: "se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo, que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos... 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".⁴²

I. LA INVALIDEZ

1. El Concepto de "Validez"

La palabra "validez" es usada en derecho en diversos sentidos: "Primero, el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del Derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo según un sistema de normas dado".⁴³ En la definición transcrita de Ross se confunde, sin embargo, "validez" con "eficacia"; se trata, como veremos, de conceptos de diverso contenido. "Segundo, el término es usado en la teoría general del Derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada".⁴⁴ "Tercero, validez, en ética y en Derecho natural se usa para significar una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también "fuerza obligatoria" del Derecho...".⁴⁵

39. V. SCALISI, Vincenzo. *Inefficacia, Diritto Privato*. Enciclopedia del diritto, Giuffrè-ed. Milano. 1971. p. 344.

40. V. FALZEA, op. cit. supra 36. p. 318.

41. SCALISI, op. cit. supra 39. p. 364

42. BETTI, op. cit., supra 35. p. 349. Se ha afirmado que la invalidez deriva de una violación de los límites que el Ordenamiento impone a la autonomía privada. Así TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*. Giuffrè-ed. Milano. 1968. p. 240.

43. ROSS. Alf. *El concepto de validez y otros ensayos. Filosofía y Derecho*. 6. Centro editor de América Latina, Buenos Aires. 1969.p. 25.

44. ROSS, op. cit. supra 43. ps 25 y 26. Se ha dicho al respecto: "Validez es un concepto relativo que expresa el vínculo de pertenencia de una norma a un conjunto de normas u ordenamiento. Para que una norma sea válida debe ser creada según las reglas dinámico-estructurales (o reglas de producción jurídica) de aquel ordenamiento" y "Para juzgar sobre la validez de una norma debemos ver si ha nacido conforme a una fuente superior que llamaremos respecto a la primera, fuente de validez". FERRI. Luigi, *L'atomia privata*. Giuffrè-ed. Milano, 1959, págs. 233 y 23.

45. ROSS, op. cit., supra 43, p. 26. En la pág. 12 de esta obra se expresa: "En la medida en que este térmi-

"En dinamarqués, como en alemán, se hace la distinción entre gyldig (Gültig) y goeldende (geltend). Se dice que un testamento es gyldig o ugyldig -válido o inválido-, pero hablamos de goeldente ret para aludir al derecho con vigencia efectiva, efectivamente existente".⁴⁶

En materia negocial se dice que el comportamiento (por ejemplo, contrato o testamento) es válido.⁴⁷ Los comportamientos que admiten esta calificación son los comportamientos declarativos,⁴⁸ pero nada obsta para que se aplique a los negocios puramente manifestativos.⁴⁹

Puede definirse jurídicamente válido el supuesto de hecho que realizado conforme al esquema legal no presenta un vicio que el Ordenamiento considera como causa de discordancia entre el hecho y el Derecho.⁵⁰ El problema que se plantea al intérprete es el de determinar la coincidencia o disconformidad entre la concreta proyección de intereses y los valores del Ordenamiento; en ello radica, fundamentalmente, su significación sustancial.⁵¹

El ordenamiento, al dar forma jurídica a una relación material, atribuye a la persona de la relación una situación jurídica; de esta situación el sujeto puede desprenderse en ventaja de otros, por medio de un acto de disposición, el cual, para producir una transmisión válida, presupone la capacidad de actuar⁵² del disponente y la aptitud del objeto para sufrir un acto dispositivo. Comúnmente estos dos elementos se indican con una expresión unitaria: "facultad de disposición".⁵³

2. Notas Históricas sobre la "Invalidez"

La teoría de la invalidez, como la mayor parte de las instituciones del Derecho Privado tiene sus orígenes en el Derecho Romano (si bien se encuentra hipótesis significativas en el Código de Manú y en el Código de Hamurabi), donde se llegó a distinguir, después de una larga evolución, entre nulidades de pleno derecho y nulidad por vía de acción.⁵⁴

La doctrina francesa elaboró la doctrina y llegó a distinguir tres grados de "ineficacia" en los actos jurídicos: actos inexistentes, actos nulos y actos anulables.⁵⁵

no es tomado como que significa que el Derecho posee una fuerza moral intrínseca (la fuerza obligatoria) que constriñe a los súbditos, no sólo mediante la amenaza de sanciones, sino también moralmente, en conciencia, en esa medida el término no tiene función ni sentido dentro de la doctrina del Derecho".

46. ROSS, op. cit., supra 43. p. 26.

47. "Se dice que un acto jurídico es válido cuando ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones - establecidas en una norma jurídica- necesarias para que tenga los efectos jurídicos que corresponden a su intención". ROSS, op.cit., supra 43, p. 31.

48. "Ni siquiera todos los comportamientos humanos admiten una valoración desde el perfil de la validez... la valoración en términos de validez o invalidez sólo puede referirse a los comportamientos declarativos". TOMMASINI, op.cit., supra 38. p. 5.

49. Sobre esta distinción v. PEREZ, Víctor, *Voluntad y manifestación en el negocio jurídico*, Revista Judicial, No. 5. setiembre de 1977. Corte Suprema de Justicia, San José. ps. 107 y 108.

50. FALZEA, op. cit, supra 36.' p. 316.

51. V. VARRONE, Claudio, *Ideología e dogmatica nella teoría del negozio giurídico*. Casa ed-dott. E.Jovene, Napoli, 1972. p. 153.

52. V. PEREZ, Víctor, *Existencia y Capacidad de las personas*, Lex loci, San José, 1977. ps. 61 y ss.

53. Esta expresión tiene solamente un valor convencional: no es la expresión de una entidad autónoma respecto al derecho subjetivo. Así PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto Civile, Metodo teoría-pratica, Saggi* Giuffrè-ed. Milano, 1951. p. 31. V. tamb. TRABUCCHI, op. cit, supra 1, p. 194.

54. V. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil argentino*. Parte General, 2a. edición, Librería y casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1922, p. 1006.

55. V. SALVAT, op.cit. supra 54, p. 1008 y 1009.

Actualmente la doctrina, mayoritariamente, acepta dos tipos: nulidad y anulabilidad con base en que en la inexistencia no hay juicio axiológico, sino, más bien, ontológico.

3. La Invalidez

Sobre el concepto de "invalidez" abundan las imprecisiones doctrinales.⁵⁶ Algunos lo amplían hasta incluir la "inexistencia" (junto a la nulidad y la anulabilidad), olvidando que se trata de calificaciones de distinto orden y diversa jerarquía lógica (una se refiere a un juicio ontológico, la otra se refiere a un juicio axiológico).⁵⁷ Otros, en cambio, restringen demasiado el concepto al caracterizarla como la negación de fuerza vinculante como sanción.⁵⁸ Esta definición estrecha cubre únicamente la invalidez derivada de ilegalidad (artículo 19 del C.C.).⁵⁹

Teóricamente la formulación más acabada ha sido realizada por Tommasini quien sostiene: "La conformidad del comportamiento a la regla (que lo prevé) es el resultado de una apreciación positiva; la falta de conformidad es cualificación negativa que implica divergencia entre comportamiento y esquema normativo. La invalidez presupone un juicio de "disvalor" del Ordenamiento respecto a un comportamiento humano que evidencia intereses que no son dignos de tutela".⁶⁰

A pesar de las afirmaciones generales realizadas, debe recordarse que la figura se manifiesta bajo formas y disciplinas diversas en cada Ordenamiento según sus respectivas exigencias, variables de un ambiente a otro:⁶¹ ello no excluye, sin embargo, la importancia y funcionalidad de un

56. "La figura tiene poco de pacífico y consolidado" TOMMASINI, op. cit. supra 38, p.3. "No es posible atribuir significado unívoco a las numerosas expresiones (nullus, non ullus, inutilis, effectum non habet, pro non facto, non valet, etc) usadas para indicar negocios improductivos de efectos; la misma terminología es usada en la práctica para supuestos diversos". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 3. "La terminología usada por la ley, para designar la nulidad no es constante: a veces se habla de "nulidad", o de "invalidez"; otras veces se dice que el negocio "no produce efectos" o "no tiene efectos", o "no tiene eficacia". Estas últimas expresiones son equívocas porque se refieren a la ineficacia que es otra cosa...". MESSINEO, Francisco, *Manuale di Diritto Civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano. Vol Primo, 1957, ps. 614 y 615. "La terminología del Código en esta materia -y no sólo en ella- es desconsoladoramente imprecisa. Nulo en el Código puede equivaler a "inválido" en general, o denotar una cualquiera de las clases de invalidez, o aun otras formas de ineficacia". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 277. "Códigos y autores suelen tratarla de modo tan vario y con tal vaguedad, que es casi imposible llegar a tener nociones claras y precisas capaces de suministrar elementos para la formación de un cuerpo de doctrina armónico y sustancial. Y es que falta una directriz suficientemente lúcida que se imponga por su propio valer y sirva de núcleo o la formación de una doctrina sólida y uniforme". BRENES CORDOBA, Alberto. *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923, p. 235. "La terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulación, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados, por lo cual con el fin de poner un poco de orden en la cuestión, convendría depurar y limpiar la terminología. DIEZ PICAZO, op. cit. supra 34, p. 283. V. en sentido análogo BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Parte general, II. 1970, p. 388. Algunos han llegado a incluir la misma impugnabilidad dentro de las formas de invalidez. V. ARIAS RAMOS, J. *Derecho Romano*, I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madriz, 1963, p. 142.
57. Comete este error, por ejemplo, FRANCESCHELLI: "Si se entiende el término "invalidez" en sentido amplio, se pueden comprender en él las figuras de la inexistencia, de la nulidad y de la anulabilidad" FRANCESCHELLI, Bruno, *Nozioni di diritto privato*. Casa molisana del libro. Ed. Campobasso, 1962, p. 111.
58. "Llamamos invalidez a la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho, como sanción por su ilegalidad". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 269. V. tamb. BORDA, op. cit. supra 56, p. 388.
59. En este sentido, por ejemplo: "La invalidez constituye una consecuencia negativa que las normas reguladoras del negocio disponen para el caso de transgresión" SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 2, p. 365. "Contrariedad al Derecho... tal perspectiva es inseparable de la noción acogida de invalidez". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2 p. 374. V. tamb. ps. 129 y 149.
60. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 5.
61. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 351.

planteamiento teórico-general;⁶² la circunstancialidad referida deriva del hecho de que se trata de un efecto que se encuentra dentro de la disponibilidad del legislador,⁶³ el cual puede conferir una cierta fuerza al negocio, negarla o limitarla.⁶⁴

La imprecisión doctrinal sobre la categoría se encuentra también en cuanto a la conducta a la que puede referirse la calificación. Algunos sostienen equivocadamente que se aplica únicamente al negocio jurídico.⁶⁵ Las más acabadas formulaciones teóricas dan mayor margen de operatividad a la expresión. Es claro que no puede hablarse de invalidez respecto a los eventos (por ejemplo, los hechos naturales o eventos relativos a la esfera física o los hechos de vida o eventos relativos a la esfera orgánica); en estos casos, el Ordenamiento constata el hecho y a él adecúa el efecto.⁶⁶ Los actos reales tampoco pueden recibir esta calificación; en ellos simplemente se constata la transformación de intereses (realización o lesión) y se atribuye una forma determinada de tutela.⁶⁷

Normalmente el juicio de validez o invalidez se encuentra referido a supuestos negociales. Es posible, sin embargo, admitir su referibilidad a las declaraciones no negociales, tanto a las declaraciones de ciencia o conocimiento⁶⁸ como a las declaraciones de voluntad.⁶⁹

Dentro de la categoría general de la invalidez la doctrina dominante comprende la nulidad y la anulabilidad. Inválido es, en general, el negocio donde falta un elemento o presupuesto esencial o se encuentra viciado.⁷⁰ Veremos, más adelante las especificaciones del concepto.

Otra imprecisión conceptual se encuentra con relación a la llamada "invalidez sucesiva" (concepto erróneo según será aclarado). La invalidez -originaria- deriva de la falta de conformidad de un comportamiento manifestativo respecto al Ordenamiento. La invalidez sucesiva en su configuración tradicional -se dice- deriva de circunstancias sobrevinientes.⁷¹ En estos casos, sin embargo, no se produce una invalidez en sentido técnico, sino que se trata de hipótesis de irrelevancia sobreviniente relativa. Así, en la revocación de las disposiciones testamentarias se ha configurado una deficiencia sobreviniente de la voluntad que revela una voluntad nueva que elimina

62. V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 26.

63. Sobre la disponibilidad de eficacia v. FALZEA, Angelo, *Capacità, Voci di teoria generale del diritto*, op. cit., supra 25, ps. 151 y 152.

64. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 366.

65. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 364.

66. V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 6.

67. V. TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 8.

68. "La declaración de ciencia no evidencia intereses nuevos, sino intereses deducibles "per relationem" de los hechos declarativos: eventuales vicios del acto pueden resultar, pues solamente de la confrontación entre el hecho declarado y la realidad evocada o representada. La discordancia es voluntaria o involuntaria y determinan la falsedad o erroneidad de la declaración por una representación queridamente alterada o por un defecto de conocimiento. El régimen de las declaraciones de ciencia se deduce de la disciplina de la confesión que prevé para las hipótesis de error o violencia psíquica la revocación y establece la ineficacia de la confesión de persona no capaz de disponer del derecho al cual los hechos confesados se refieren". TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 14.

69. El juicio en términos de validez e invalidez, aun encontrando su ámbito de aplicación más natural en relación a los actos declarativos negociales es, sin embargo, referible, más genéricamente también a las declaraciones no negociales, esto es, a las declaraciones de ciencia y a las declaraciones no negociales de voluntad". TOMMASINI, op. cit., supra 39, p. 7

70. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 614.

71. V. TOMASINI, op. cit., supra 39, p. 20. Admite la invalidez sucesiva ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56 p. 145.

los efectos potenciales del acto, mientras no se revoque la revocación y se revista expresamente el primer testamento (artículo 623 del Código Civil).

La teoría de la invalidez debe cumplir ciertos cometidos:

- a- señalar el mecanismo para hacerla valer (artículos 837, 838, y 843 del Código Civil),
- b- determinar quién está legitimado para ello (artículos 837 y 838 del Código Civil),
- c- establecer si el ejercicio de la acción está sujeto a algún plazo (artículos 837, 838, 841 y 843 del Código Civil), y
- d- fijar las modalidades de restauración de la situación anterior al negocio (artículos 844, 845 y 846 del Código Civil)⁷² junto con las posibles consecuencias indemnizatorias.

Las siguientes páginas estarán dedicadas a los anteriores cometidos.

4. Ideas generales sobre los requisitos de validez y examen de algunas hipótesis de invalidez negocial en nuestro Derecho Privado

De la relación entre los artículos 627 y 1007 del Código Civil resultan las condiciones generales de validez del negocio jurídico⁷³. Además de los requisitos generales se exige: voluntad y manifestación.

De conformidad con las orientaciones de nuestro Código Civil la regulación de la contratación se encuentra regida por la intención de las partes.⁷⁴ Si bien en doctrina se afirma reiteradamente la insuficiencia de la concepción real-subjetiva o voluntarista, nuestra jurisprudencia sostiene que "la validez de un acto jurídico o contrato descansa en la voluntad del otorgante".⁷⁵ Este principio tuvo su formulación latina en el sentido de que "sin el consentimiento de los contratantes, el contrato es nulo".⁷⁶ De conformidad con estas reglas se establece, por ejemplo que "es nula la condición que hace depender la eficacia de la obligación únicamente de la voluntad del promitente" (artículo 681 del Código Civil), por cuanto "en el fondo no hay compromiso jurídicamente eficaz".⁷⁷ Paralelamente, se dispone: "Es nula la donación bajo condiciones cuyo cumplimiento dependa sólo de la voluntad del donador" (artículo 1395 del Código Civil). La seriedad de

72. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 275.

73. "Siendo, como es el contrato, una de las formas de la obligación, todas las condiciones esenciales a ésta relativas -capacidad, objeto y causa-...deben existir respecto a él; pero hay además otros requisitos propios del contrato. a saber: el consentimiento de las partes y ciertas formalidades extrínsecas..." BRENES, op. cit., supra 56, p. 309. No todo defecto determina falta de requisitos esenciales: nuestra jurisprudencia ha sostenido, por ejemplo, que "la omisión de declarar el parentesco existente entre los contratantes, tampoco constituye un vicio de nulidad absoluta, porque no se afecta aquellas condiciones esenciales: en realidad esa obligada declaración lleva una finalidad de carácter fiscal cuyo incumplimiento sanciona la ley con medidas punitivas, pero que no alteran la validez del acto o contrato en sí mismo". SALA DE CASACION. No. 104, de 15 y 20 hrs. del 15 de noviembre de 1951, sem II, tomo II, p. 1336.

74. "Nuestro sistema de contratación civil está regido por el principio de autonomía de las partes, sea en la intención de las partes al convenir". SALA DE CASACION, 14 y 45 hrs. del 10 de junio de 1949.

75. SALA DE CASACION. 10 y 45 hrs. del 14 de setiembre de 1950.

76. "*Contractus nullus est sine contrahentium consensu*". Aforismos latinos. CABANELLAS, Guillermo *Repertorio Jurídico*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1974 p. 76, En este sentido SALA PRIMERA CIVIL. No. 443 de 14 y 15 hrs del 16 de agosto de 1968.

77. BRENES, op. cit., supra 56, p. 72 V. SALA DE CASACION, 25 de julio de 1906.

los compromisos ha sido, en síntesis, uno de los ejes de la regulación de la contratación en general.⁷⁸

La relevancia acordada a la voluntad se revela, por ejemplo, en la hipótesis de simulación, donde falta precisamente este elemento. Se ha afirmado que en la simulación hay un negocio sin voluntad (artículos 835 inciso 1 y 1007 del código Civil). "Constituye una mera apariencia, sin contenido de voluntad real o negocial y, como tal, inválido, o radicalmente ineficaz por falta o ausencia de este elemento esencial, ya que no hay contrato sin consentimiento".⁷⁹ En estos términos se ha pronunciado nuestra jurisprudencia.⁸⁰ Su carácter absoluto se revela en la legitimación activa que se concede a los interesados.⁸¹ De ella es admisible prueba indiciaria.⁸²

Como ya se ha adelantado, también la "facultad de disposición" es presupuesto de validez de los negocios jurídicos. No se trata de un derecho subjetivo autónomo, sino que resulta de la conjugación concreta de ciertos elementos o presupuestos: legitimación, titularidad y capacidad de actuar.⁸³

El requisito de la capacidad de actuar es necesario para la validez de las obligaciones nego-

78. "Si la demandada subjetivamente estima que se hizo un mal negocio, ello cae dentro del exclusivo campo de sus apreciaciones privadas, y si los Tribunales de Justicia, por cualquier secundaria motivación, como serían aquellas que no incidan en el nacimiento de la obligación en sí misma, autorizan romper lo acordado libremente por las partes, desnaturalizarían la seriedad obligatoria de que están revestidos los contratos". SALA PRIMERA CIVIL. No. 311 de 9 hrs. del 27 de setiembre de 1974.
79. CASAFONT, Pablo. Ensayos de Derecho Contractual. San José, 1968, p. 82 V. SALA DE CASACION, 2 y 45 hrs del 9 de enero de 1920. No. 14 de 10 y 30 hrs. del 23 de enero de 1967, 9 y 40 hrs del 19 de agosto de 1924.
80. "Para que exista una obligación contractual legalmente valedera, ella debe ser el resultado de acuerdo de voluntades extemado por medio del consentimiento de las partes "libre y claramente manifestado", y la ausencia de éste, vicia el convenio y da origen a su nulidad absoluta mediante la respectiva acción de simulación". SALA SEGUNDA CIVIL. No.234 de 15 y 30 hrs del 23 de agosto de 1973. "Si se está ante un caso de simulación, la escritura pública en que se otorgó el acto impugnado no puede tener el valor que en condiciones normales le reconocería el ordenamiento Jurídico". SALA DE CASACION. No. 125 de 14 y 10 hrs del 25 de octubre de 1973. "La simulación absoluta equivale a la total inexistencia del acto o contrato, y está sancionada con nulidad absoluta, sea que no puede subsanarse por ratificación, pues ésta sólo es posible tratándose de la nulidad relativa". SALA DE CASACION, No. 22 de 31 de marzo de 1970. En esta última sentencia se observan algunos detalles a los que ya hemos hecho referencia: confusión de la nulidad absoluta con la inexistencia y configuración de la invalidez como sanción.
81. "Lo resuelto...es una acción de simulacion dirigida a que se declare en juicio la radical invalidez de un traspaso...esa nulidad la establece el inciso 1 del artículo 835...y puede invocarla "todo el que tenga interés en ella" a tenor del artículo 837 del mismo Código, interés que no puede menos de reconocerse como existente en el actor, por ser acreedor del demandado, quien, en forma que se ha tenido por simulada, transmitió el único bien de su propiedad, prenda común de sus acreedores, según el artículo 981 del Código de repetida cita". SALA DE CASACION, No. 14 de 10 y 30 hrs. del 23 de enero de 1967, sem. I.T.I. p. 280.
82. "...tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que para demostrar la simulación de un contrato en perjuicio de terceros es admisible toda clase de prueba, aun la testimonial e indiciaria, en reconocimiento a la imposibilidad en que están aquellos para procurarse de las partes el contradocumento revelador de la simulación". SALA DE CASACION, No. 26 de 10 y 50 hrs. del 24 de marzo de 1954, sem I. tomo I p. 362. En términos análogos pueden verse diversas sentencias de este Tribunal: No. 123 de 14 y 45 horas del 6 de diciembre de 1967. sem II. t. II p. 1088. No. 125 de 14 y 10 hrs del 25 de octubre de 1973. No. 22 de 14 y 30 hrs del 31 de marzo de 1970, No. 102 de 16 hrs. del 21 de agosto de 1975. No. 29 de 15 hrs. de 25 de abril de 1973.
83. "...mientras que desde un punto de vista la titularidad implicaria, por sí sola, el poder de disponer de un derecho, para el Ordenamiento Jurídico es necesario también la edad de actuar, la cual es presuuesto esencial de toda válida disposición".PUGLIATTI, op. cit., supra 53. p. 6.

ciales,⁸⁴ no para otras de diversa fuente. La incapacidad de actuar puede determinar la nulidad o la anulabilidad de los negocios, según se trate de sujetos absolutamente incapaces⁸⁵ (artículo 835, inciso 3, del Código Civil) o de sujetos relativamente incapaces⁸⁶, por ejemplo, los otorgados por los incapaces naturales⁸⁷.

El legislador, al reconocer al incapaz, o a sus representantes legales, el poder de solicitar la declaratoria de invalidez revela su cuidado de proteger a las partes contra ellas mismas, en cuanto puedan establecer una autorregulación vinculante para sus propios intereses.⁸⁸ En los casos de incapacidad natural, independientemente de la existencia de la declaración de interdicción,⁸⁹ puede decretarse la invalidez siempre que se constate la deficiencia cognoscitiva o volitiva en el momento de la celebración del negocio.⁹⁰

En materia de invalidez derivada de incapacidad de actuar, el efecto restitutorio típico encuentra atenuaciones. De conformidad con el artículo 768 del Código Civil. "El pago hecho al acreedor que no tiene la libre disposición de sus bienes, no es válido sino en cuanto le aprovecha", por lo que, consecuentemente, existe la regla de que la otra parte tendrá derecho a la restitución en cuanto lo pagado haya beneficiado al incapaz (artículo 845 del Código Civil). También la deficiencia formal puede tener incidencia sobre la validez.

Dos categorías de deficiencia formal establece nuestro Código Civil, según que el defecto determine nulidad o anulabilidad.

El artículo 835, inciso 2 del Código Civil expresa: "*Hay nulidad absoluta en los actos y contratos...cuando falta algún elemento o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto de contrato...*" En esta hipótesis la nulidad deriva de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada⁹¹: es absoluta y no puede ser convalidada. La ley se refiere aquí a los casos en que la forma es "ad solemnitatem", o como también se suele llamar "ad substantiam".⁹² Se califica pues, así, a la formalidad impuesta

84. V. BRENES, op. cit. supra 56.p. 12

85. "Son personas absolutamente incapaces los que dependen de una representación necesaria". SALVAT. op. cit. supra 54, p. 1013. V. SALA DE CASACION. 1 y 45 hrs. del 21 de setiembre de 1920.

86. V. SALVAT, op. cit. supra 54, . 1017.

87. V. PEREZ, op. cit. supra 52, p. 78.

88. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 2, p. 126

89. "Para decretar la nulidad de los actos o contratos que personalmente celebre el sordo mudo, que lo son en forma absoluta si no sabe leer ni escribir, no precisa la declaratoria del estado de interdicción". SALA DE CASACION. No. 95, II sem. I tomo, p. 333, 1953.

90. "Para anular los actos y contratos por causa de incapacidad mental de un otorgante se requiere una prueba evidente de la existencia de esa incapacidad en el momento del otorgamiento". SALA DE CASACION. 10 y 10 hrs del 12 de junio de 1951. "...su versión, de ser cierta, era de fácil comprobación en lo que se relaciona con la capacidad para el acto, con sólo aportar el dictamen médico en que constara que su entendimiento se hallaba obnubilado por un derrame cerebral...". SALA PRIMERA CIVIL, No. 364 de 9 y 10 hrs. de 1 de noviembre de 1974. V. tamb. SALA DE CASACION No. 59 de 9 hrs. de 12 de julio de 1952, sem. II. tomo único, p. 703. No. 91 de 10 hrs de 6 de octubre de 1951. sem II, tomo II, ps 11 y 38, No. 80 de 11 hrs. de 15 de julio de 1953, sem II, tomo único, p. 100, No. 70 de 10 y 55 hrs. del 20 de agosto de 1951, sem II, tomo I. p. 916. No. 116 de 16 y 40 hrs del 17 de setiembre de 1975. V. al respecto PLANIOL, *Curso Elemental de Derecho Civil*, tomo I. No. 2075.

91. "Puede ocurrir que la nulidad del acto provenga de no haberse observado la forma exclusivamente ordenada. la nulidad sería en tal caso de carácter absoluto, y por consiguiente, no sería susceptible de confirmación". SALVAT. op. cit., supra 54, p. 1035.

92. SALVAT, op. cit. supra 54, p. 1015. "Actus omitta forma legis corrui", La omisión de las formas legales anula los actos CABANELLAS, op. cit. supra 76, p. 72. "Ex forma non servata resultat

por la ley para la validez del acto jurídico; se contrapone a la expresión "ad probationem". "La fórmula es "ad solemnitatem" cuando, si no se observan las formalidades impuestas por la ley el acto es nulo; mientras que es "ad probationem" cuando la forma se requiere únicamente a efecto de dar a las partes un medio de prueba".⁹³ Encontramos un ilustrativo ejemplo con relación a las donaciones de bienes muebles cuyo valor excede de doscientos cincuenta colones o las de inmuebles; si no se hace en escritura pública son absolutamente nulas (artículo 1397 del código Civil); la forma, aquí, es "ad substantiam".⁹⁴

El problema de los casos a los cuales resulta aplicable la calificación e "invalidez" es de Derecho Positivo.⁹⁵

Además de las previsiones genéricas (artículos 835 y 836 del C.C.) el Código establece causas específicas de invalidez, como la contrariedad a normas imperativas y prohibitivas (art. 19), como ocurre, por ejemplo, en relación con la prohibición que tiene el tutor de contratar con el menor (donde la invalidez deriva de la falta de legitimación activa⁹⁶ contemplada en el artículo 204 del Código de Familia, o en los casos de prohibiciones para contraer matrimonio (art. 14 C.F.).⁹⁷

En muchos casos particulares la ley establece también la invalidez.⁹⁸ Veamos algunos de ellos:

1. En relación con las disposiciones y actos de dominio o administración del insolvente se establece una nulidad absoluta (artículo 900 del Código Civil).⁹⁹
2. De conformidad con el artículo 549 del C.C. reformado por la Ley 7130 del 6 de agosto de 1989, el albacea necesita autorización especial para ciertos actos, como los relativos a enajenaciones extrajudiciales de bienes de la sucesión que tengan un valor de más de

mullitas actua". Es nulo el acto sin la solemnidad requeridas por la ley CABANELLAS, *op. cit. supra* 76, p. 81

93. CABANELLAS, *op. cit. supra* 76, p. 161 V. PLANITZ, Hanz, Derecho PRIVADO GERMANICO, Bosch-ed 1957. Barcelona, p. 38.
94. V. SALA DE CASACION, 10 hrs del 11 de marzo de 1940, 21 de mayo de 1905, 12 de abril de 1893, 14 de mayo de 1898 y 8 de enero de 1901: V. tamb. Revista Colegio de abogados, año 1, año 1. junio de 1945, p. 18.
95. En nuestro país se encuentran previstos genéricamente en los artículos 836 y 836 del Código Civil. En Italia en el nuevo "Codice" se fijan los requisitos del contrato y a la falta de ellos se liga la nulidad; en otras partes se da relieve a algunas cualidades (licitud, posibilidad, etc.) de algunos elementos o requisitos (causa, objeto) atribuyendo igualmente la nulidad; por otra parte, con relación a la anulabilidad se consagran como requisitos de validez la capacidad y la inmunidad de vicios (error, dolo, etc.) de la voluntad. Existen otras hipótesis de invalidez en el Código en materias específicas como condición, donaciones, testamento, etc. V. CARIOTA, FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Morano, editore, Napoli, p. 332.
96. V. PEREZ, *op. cit.*, *supra* 52, p. 82.
97. V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè-ed. Milano, vol. secondo. 1965, p. 81
98. V. BRENES, *op. cit.*, *supra* 56, p. 244. FULLER, *op. cit. supra* 1. p. 138, MESSINEO, *op. cit. supra* 56. ps 615 y 616. V. SALA DE CASACION. 23 diciembre de 1895. 19 de diciembre de 1901. 25 de abril de 1898.
99. Otros casos de nulidad absoluta de estos actos se encuentran en los artículos 901 y 902 del Código Civil, mientras que las hipótesis de anulabilidad están en los artículos 903, 904 y 905, todos del Código Civil. Sobre el tema v. BAUDRY-LACANTINERIE ET P. DE LOYNES, *Traité theorique et Practique de Droit Civil*, T.X., Paris, 1899, p. 440.

diez mil colones. "Los actos o contratos que el albacea ejecute sin la correspondiente autorización, cuando ella es necesaria, serán absolutamente nulos" (art. 522 C.C.).¹⁰⁰

3. De conformidad con el artículo 1302 del Código Civil: "Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es civilmente válida."¹⁰¹
Se exceptúa el caso en que la nulidad procede de la incapacidad personal del deudor, con tal que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse, y que la obligación principal sea válida naturalmente".¹⁰²
4. Los artículos 1378 y 1379 establecen las hipótesis específicas de nulidad de la transacción (si versa sobre delito, dolo o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre alimentos -salvo los ya debidos-, sobre documentos declarados falsos, sobre negocios ya resueltos con cosa juzgada).¹⁰³
5. Existe nulidad de patentes cuando falta el requisito de la novedad.¹⁰⁴
6. Hay normas específicas que regulan la nulidad de los acuerdos de asambleas de socios en materia de sociedades anónimas (artículo 176 del Código de Comercio), cuya acción "prescribe" (léase "caduca") en un año (artículo 177 del Código de Comercio).¹⁰⁵
7. Hay también reglas concretas en materia de invalidez de la aceptación de la herencia. De conformidad con el artículo 539 del Código Civil solamente se puede reclamar en los casos en que la ley presume falta de consentimiento, dolo, fuerza o violencia.¹⁰⁶

-
- 100 "...tratándose de vicios del consentimiento prestado por el deudor principal, podrá el fiador, cómo "obligado subsidiariamente" negarse a cumplir mientras el contrato pueda ser impugnado, repetir en su caso, lo prestado, si se produce la impugnación. Todo ello con base a que el fiador no puede estar obligado a más, que el deudor principal, ni, por lo tanto, puede exigírsele el cumplimiento en casos en que este podría negarlo, ya que se vería privado de la acción de reembolso: la vinculación definitiva de quien salió fiador por un incapaz es la excepción a esta regla general". LA CRUZ, op. cit., sura 36, p. 285. V. SALA DE CASACION. 2 y 55 hrs del 19 de junio de 1934.
101. V. SALA DE CASACION de 9 y 45 hrs. del 6 de noviembre de 1926; 2 p.m. de 3 de julio de 1900: 13 de febrero de 1896. Tratándose de ventas de bienes sucesorios de menores no se requieren las informaciones de utilidad y necesidad. Así: SALA DE CASACION, de 15 y 15 hrs. del 3 de junio de 1959: SALA SEGUNDA CIVIL, No. 785, de 10 y 35 hrs del 28 de setiembre de 1951.
102. "...de acuerdo con la doctrina tradicional el fiador del incapaz no puede hacer valer esta causa de invalidez, sino que ha de pagar ineludiblemente si aquel no lo hace, sin poder luego pedir reembolso pues la excepción de incapacidad es de las puramente personales del obligado". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 285.
103. V. MESSINEO, Francesco *Manuale di diritto civile e commerciale*. Giuffrè-ed. Milano. vol. quinto, 1958, ps. 231 y 232.
104. V. MESSINEO, vol, secondo, op. cit. supra 97, p. 494
105. V. MESSINEO, op. cit. supra 103, p. 448
106. V. MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Giuffrè-ed. Milano, vol. sesto. 1962, p. 379.

8. Los actos de disposición de bienes de quien está sujeto a una representación legal necesaria requieren en ciertos casos (artículo 134 del Código de Familia) autorización judicial¹⁰⁷, faltando la cual hay nulidad absoluta.¹⁰⁸
9. Finalmente, cabe destacar algunas reglas especiales con relación a la validez del negocio jurídico testamentario. La invalidez del testamento puede depender de diversos factores, como por ejemplo, de la ilicitud del motivo (artículo 581 del ejemplo, del Código Civil), de falta de forma (artículos 583 y ss. del Código Civil)¹⁰⁹ y de incapacidad del testador (artículos 590 y 591 del Código Civil).¹¹⁰ Esta regla es de tradición romana.¹¹¹ También hay invalidez por falta de legitimación pasiva del instituido (artículo 592 del Código Civil); en este caso se establece la regla de que "las disposiciones en favor de personas inhábiles son absolutamente nulas, aunque sean hechas simuladamente o por interpuesta persona" (artículo 594 del Código Civil).¹¹²

La legitimación activa para solicitar la declaratoria de nulidad correspondiente a los interesados, normalmente herederos.¹¹³ La legitimación pasiva concierne a quien tenga interés en hacerlo declarar válido.¹¹⁴

Es interesante observar que en la mayoría de las hipótesis de invalidez testamentaria la nulidad se refiere "a una determinada disposición testamentaria" con deficiencias o vicios, no al testamento como totalidad.¹¹⁵

En doctrina se admite, como hipótesis excepcional, la posibilidad de confirmación, por

107. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 613.

108. SALA DE CASACION, 15 y 40 hrs. del 28 de noviembre de 1946 y no. 31 de 9 y 25 hrs. del 18 de marzo de 1944.

109. "Dado que la forma en el testamento está concebida como elemento esencial (forma constitutiva) efecto coherente sería la nulidad cuando no haya sido observada..." MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 226. "Si en el legado testamentario otorgado a la actora por el causante no se cumplieron todos los requisitos exigidos, el mismo es absolutamente nulo, sin que para revalidarlo sea legalmente lícito, ahora a posteriori, incorporarle las formalidades omitidas con otros elementos supletorios, ya que la reglamentación formalista a manera de garantía del acto testamentario no opera "Quod ad probationem", sino "quo ad substantiam". "SALA PRIMERA CIVIL, No. 370 de 9 y 5 hrs. del 3 de setiembre de 1976. V. LANATTA, Rómulo, *Formalidades de los testamentos*. U.M. de S. Marcos, Lima. 1974

110. "...debe considerarse probada la incapacidad del testador en el momento de la redacción el testamento, si habiéndose probado la incapacidad en un momento anterior y posterior, las circunstancias del caso (graves, precisas y concordantes) autorizan la respectiva presunción de incapacidad también en el intervalo". PUGLIATTI op. cit., supra 53, p. 628

111. "In eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est". "Al tiempo en que se hace testamento, se ha de exigir, la integridad mental del testador, y no la salud de su cuerpo". LABEON, lib. XXVIII. tit. 1 ley 2 Digesto, CABANELLAS, op. cit. supra 76. p. 27.

112. V. SALA DE CASACION de 16 hrs. del 2 de junio de 1954.

113. V. MESSINEO, op. cit., supra 106, p. 258

114. V. MESSINEO, op. cit. supra 106, p. 259

115. "La nulidad parcial es concebible, no solamente en consideración al principio "utile per inutile non vitiatur". sino, sobre todo, porque algunas de las razones de invalidez pueden, en efecto, afectar solamente cláusulas particulares y no necesariamente todo el contexto". MESSIENO, op. cit., supra 106, p. 228.

parte de los herederos que conociendo el motivo de nulidad han confirmado la disposición o le han dado ejecución voluntaria.¹¹⁶

5. Distinciones previas

a- Invalidez e irrelevancia

Es frecuente la afirmación de que el acto nulo no existe; con ello se incurre en una confusión entre dos tipos de calificaciones que obedecen a razones diversas. La invalidez no significa irrelevancia.¹¹⁷ Relevante es el hecho que incide sobre intereses jurídicos (positiva o negativamente). Válido es, en cambio, el comportamiento que proyecta intereses que son valorados positivamente.¹¹⁸ La simple calificación sobre el plano de la relevancia no implica necesariamente la conformidad del hecho con el sistema.¹¹⁹

Entre la calificación de relevancia (o irrelevancia) y la validez (o invalidez) hay un orden lógico: para que un comportamiento sea calificado de válido o inválido debe ser, en primer término, relevante.¹²⁰ De un hecho irrelevante no puede decirse que sea válido o inválido,¹²¹ ello en razón de que "la mera cualificación sobre el plano de la relevancia no implica, necesariamente la validez".¹²²

La invalidez es según lo dicho, un predicado del negocio, no equivale a su ausencia,¹²³ sino que presupone necesariamente su existencia.¹²⁴

En resumen inexistente es el negocio que no presenta perspectivas de producción de efectos. La simple relevancia jurídica presenta dos perfiles: un objetivo, en el cual se define como la aptitud de la situación de hecho para desplegar los efectos previstos por la norma; otro subjetivo, en el cual ella se define como la investidura de un sujeto en la posición de destinatario de aquellos efectos.¹²⁵

116. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 357.

117. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p.368.

118. "El hecho es relevante porque el interés proyectado entra en el ámbito de los intereses tomados en consideración con el Derecho; el hecho es válido si el interés proyectado es juzgado conforme a los intereses o valores del sistema". TOMMASINI, op. cit. supra 38, p. 8. Se expresa ahí mismo: "El hecho relevante proyecta ya un núcleo de intereses".

119. V. TOMMASINI, op.cit., supra 38, p. 9.

120. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 610 y CARNELUTTI, Francesco. *Teoría generale del diritto*. Sco. ed. del Foro Italiano, Roma. 1951, p. 318.

121. V. TOMMASINI, op. cit, supra 38, p. 9

122. V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9.

123. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2 p. 339.

124."...la nulidad que opera como mera sanción del ordenamiento frente al contrato no conforme con sus prescripciones y constituye el resultado de una valoración del acto, presupone en todo caso su existencia (si el contrato no existe no tiene sentido indagar si es o no válido). De esto deriva a que la inexistencia es algo fuera de la calificación jurídica sin embargo asume un cierto significado para el Derecho, pues permite identificar una figura y causa autónoma de irrelevancia", SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 231. "La invalidez, aún en su forma más grave, presupone la existencia del negocio. Sólo lo que existe puede calificarse de válido o inválido". CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 334. "...la estimación de un negocio como nulo presupone, por lo menos que el negocio exista como supuesto de hecho que, por lo tanto, exista una figura..." BETTI, op. cit. supra 35, p. 352.

125. V. FALZEA, op. cit., supra 36. p. 28

b- *Invalidez e ilicitud*

Conviene establecer también, desde ahora la distinción entre los conceptos de "ilicitud e invalidez", sus rasgos comunes y sus puntos de contacto.

Los rasgos comunes se encuentran en que ambas calificaciones se refieren a comportamientos jurídicamente relevantes y en que en ambos casos los comportamientos son valorados negativamente.¹²⁶

Invalidez e ilicitud se diferencian, en cambio, en ciertos aspectos: sus ámbitos subjetivos, sus fundamentos y sus consecuencias.

La ilicitud tiene un ámbito más amplio que la invalidez (ella opera frente a todos los comportamientos humanos, comisivos y omisivos, reales y declarativos; no así la invalidez que es calificación, exclusiva de los comportamientos inmateriales, esto es, aquellos donde es posible establecer una relación de significación entre una realidad manifestante y una realidad manifestada).

La invalidez, por su parte, deriva de la inobservancia de los requisitos formales y sustanciales predeterminados en los esquemas legales e incide exclusivamente sobre los efectos jurídicos; la ilicitud, en cambio, es una calificación de otro tipo: dada su peculiar función, tiene como forma de reacción la sanción (pena o resarcimiento).¹²⁷

Los puntos de contacto se encuentran en materia negocial cuando la ilicitud de algunos elementos perjudica el acto determinando su invalidez, como ocurre en los casos de objeto o causa ilícitos; en estas hipótesis el vicio se encuentra en la contrariedad del contenido negocial respecto a normas imperativas o prohibitivas.¹²⁸

c- *Invalidez, rescisión y resolución*

Los conceptos de invalidez, rescisión y resolución han sido materia de múltiples discusiones y confusiones derivadas fundamentalmente de la falta de una clara diferenciación.¹²⁹ La misma doctrina contemporánea incurre en falta de precisión terminológica¹³⁰: análogas confusiones se observan en la ley (por ejemplo, en el artículo 836 del Código Civil) y en la jurisprudencia.¹³¹ Nuestra doctrina también revela indiferenciación.¹³²

126. V. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11.

127. Así TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11.

128. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 378

129. Es interesante observar que ya en la antigua India, en el Código de Manú se habían distinguido estas calificaciones. Dentro de la competencia del Rey se fijaba: lo relativo a contratos donde faltaban elementos para el nacimiento del efecto (ineficacia en sentido estricto), lo relativo a "negativa a cumplir con lo convenido" (resolución) y la anulación e la compraventa (invalidez). V. MANAVA DHARMA SASTRA. *Leyes de Manú*, Editora Nacional, México, pág. 227.

130. Se ha dicho, por ejemplo, que "Hoy las palabras nulidad y rescisión son sinónimas..." COLIN Y CAPITANT. *Derecho Civil*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, Tomo 3 p. 755.

131. V. por ejemplo: SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs del 12 de julio de 1968. La misma materia de la nulidad en el Código Civil se encuentra dentro del título V. del libro III (obligaciones) que se refiere a los modos de extinción e las obligaciones. Esto ha sido criticado: "Si la obligación nonació no puede extinguirse". ARIAS, Juan Luis, *Apuntes del curso de Derecho Civil obligaciones*, Facultad de Derecho. 1969.

132. Se incluye la rescisión dentro de las formas de invalidez. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 19, Se trata más bien de una hipótesis de impugnabilidad que determina ineficacia. Se ha dicho también que la inexistencia se confunde con la nulidad pues "no hay una línea bien definida que las separe". BRENES, op. cit., supra 56, p. 238.

Si bien es cierto que tanto la rescisión como en la resolución la patología se encuentra en la función del contrato y en los intereses que las partes al celebrarlo persiguen,¹³³ entre ambos institutos hay profundas diferencias: en un caso se trata de hechos posteriores (resolución) que determinan una "eliminación" (o ineficacia sobreviniente definitiva); en el otro caso (rescisión) se trata de una desproporción originaria entre las prestaciones derivada de un aprovechamiento de una parte de un estado de necesidad o de peligro de la otra.

La rescisión también se distingue de la invalidez. El contrato rescindible está caracterizado por el hecho de que las modalidades del acto han sido determinadas por ciertas circunstancias (estado de peligro o necesidad) que ofreciendo a una parte la oportunidad de obtener un provecho, han causado una desproporción entre las dos prestaciones. Con respecto a la eficacia hay gran diferencia entre el contrato rescindible y el contrato anulable, tanto desde el punto de vista sustancial, como desde el punto de vista formal. "Desde el primer perfil la estructura de la figura anulable, lo mismo que la rescindible, presenta una lesión de intereses de una de las partes; es distinta, sin embargo, la causa que determina la lesión de intereses. En el contrato anulable la lesión puede derivar de un vicio de la voluntad, por ejemplo; en el contrato rescindible la voluntad de ha formado regularmente y la lesión deriva de la desproporción mencionada.¹³⁴

6. Notas teórico generales sobre la invalidez

a- La acción de invalidez

La acción de invalidez puede ser declarativa o constitutiva, según que se refiera a negocios nulos o anulables, respectivamente. En ambos casos conlleva una acción restitutoria.¹³⁵ Así, frente a un contrato inválido pueden pedirse dos cosas a) que se declare la invalidez, "de manera que se enerve toda exigencia basada en el contrato inválido y quede expedito el camino para el ejercicio de derechos o la eficacia de títulos que quedarían contradichos por el contrato inválido... b) que las cosas entregadas o, en general las prestaciones realizadas con base en el contrato inválido, se restituyan a quien prestó".¹³⁶

La legitimación activa depende de la relatividad o absolutez de la invalidez. Así "cuando un contrato está afectado de nulidad absoluta, todos los interesados pueden prevalerse de esa nulidad; es decir, en primer lugar, los contratantes y todos los que tengan interés en hacer constar dicha nulidad del acto, lo que comprende a todos los causahabientes de los contratantes. Por el contrario, tan sólo el contratante incapaz, o víctima del error, de un dolo o de un acto de violencia... puede hacer anular el contrato que ha celebrado. La otra persona que ha contratado con él no disfruta del mismo derecho".¹³⁷

Aunque tradicionalmente se confunden, las dos clasificaciones de la invalidez, en actos nulos y anulables, y la de invalidez absoluta y relativa, responden a ideas diferentes.

133. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373.

134. V. TOMMASINI, op.cit. supra, 38. p. 16. V. la reforma al artículo 1023 del Código Civil por ley 6015 de 7 de diciembre de 1972.

135. "Sea cual fuere la naturaleza de la nulidad que pueda afectar a un acto, hay derecho para reclamar su declaratoria por medio de una acción o de una excepción, según el caso. Y una vez declaradas, las partes recobran la misma posición que tenían antes de ocurrir el acto invalidado, por cuanto el recurso anulatorio tiende al restablecimiento de la situación de hecho y de derecho existente en la época en que ocurrió el vicio que produjo la invalidación". BRENES, op. cit., supra 56, p. 241.

136. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 283.

137. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, ps 752 y 753.

La clasificación "nulidad y anulabilidad" considera la causa de invalidez en sí misma –falta o vicio de elemento o presupuestos–.¹³⁸

La clasificación "invalidez absoluta e invalidez relativa" toma en cuenta, más bien, el sujeto a quien corresponde el derecho de pedir su pronunciamiento.¹³⁹

b- Las consecuencias de la invalidez

El efecto general que deriva de toda invalidez constatada o decretada del negocio jurídico es la obligación de quien ha recibido algo, en ejecución del negocio inválido, de restituirlo.¹⁴⁰

Nuestro Código Civil establece que la invalidez declarada da derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Sin embargo, si la invalidez deriva "de la ilicitud del objeto o de la causa no puede repetirse lo pagado a sabiendas".¹⁴¹ (844 C.C.)

El derecho de exigir la restitución tiene como presupuesto de ejercicio la entrega o consignación de lo que se deba como resultado de la invalidez (en este sentido; artículo 846 del Código Civil).

Los efectos de la invalidez comprenden también a los terceros poseedores de la cosa, objeto del negocio nulo, (salvo lo dispuesto en materia de "Prescripción" y de "Registro" (artículo 847 del Código Civil)). De este modo puede ejercitarse contra ellos la acción real de reivindicación. Se ha explicado sobre este punto que: "...el subadquirente recibió la cosa de un no propietario, y por lo tanto sin eficacia traslativa de la propiedad: su título es válido pero ineficaz. Salvo que haya usucapido (usucapación ordinaria) o esté protegido por el Registro...quedará sujeto a la reivindicación por Primus que no ha dejado de ser propietario. Es decir, Primus puede recuperar la cosa de manos de Tertius mediante la acción real de reivindicación, no mediante la acción personal de restitución... que necesariamente se restringe a quienes fueron parte en el contrato inválido, presuponiendo una restitución recíproca sólo pensable entre ellos..."¹⁴²

A falta de posibilidad de restitución se produce lo que se llama "restitución por equivalente".¹⁴³

138. V. SALA PRIMERA CIVIL, No. 78 de 9 hrs. del 12 de marzo de 1976.

139. V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1024, BARASSI, Lodovico, Istituzioni di diritto civile, Giuffrè-ed. Milano, 1955, p. 156.

140. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 624. Se ha explicado esta solución en el sentido de que "los desplazamientos patrimoniales operados eventualmente en supuesto cumplimiento del contrato inválido carecen de causa o fundamento jurídico. En hipótesis, en ausencia de otra previsión legal, el contratante que realizó la prestación podría, bien reivindicar la cosa entregada bien repetir lo indebidamente pagado a ejercer una acción de enriquecimiento. Pero el Código establece un cauce específico, con la peculiaridad de que, cuando en atención al contrato inválido se han cumplido prestaciones recíprocas mantiene la reciprocidad en su restitución". LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 295.

141. Gérmenes de este principio se encontraban en el Código de Hamurabi. V. transcripción en GUTER, Jorge E. Historia del Derecho, Primera parte, San José, 1968, p. 170.

142. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 297. Sobre el tema v. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 673, BORDA, op. cit. supra 56, p. 419.

143. "...siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor de la cosa cuando se perdió con los intereses desde la misma fecha". El precepto se refiere a la pérdida de la cosa en manos del demandado y en mi concepto presupone su mala fe, por lo que se impone la restitución por equivalente, aun cuando la pérdida sea fortuita..."

LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 296. A mi juicio la restitución por equivalencia es independiente de la valoración subjetiva y se fundamenta en las reglas de la acción reivindicatoria, dando simplemente solución particular al problema.

Otro efecto posible de la invalidez es de orden indemnizatorio. Se sostiene que si uno de los contratantes conocía la causa de invalidez y no lo ha comunicado a la otra, debe resarcirle los daños que deriven de la confianza generada en la validez del contrato.¹⁴⁴

c- *El problema de la invalidez parcial*

La nulidad y la anulabilidad se califican de totales o parciales según que perjudiquen todo el negocio o solamente una parte.¹⁴⁵ La diferencia práctica entre estas dos posibilidades es grande: el acto nulo totalmente no tiene eficacia, el acto parcialmente nulo puede tenerla dentro de ciertos límites.¹⁴⁶

Teóricamente son posibles las dos soluciones: que la invalidez perjudique el resto del negocio o que no lo haga, manteniéndose en este segundo caso la invalidez limitada a aquella disposición o parte del contenido preceptivo del negocio.¹⁴⁷ Acoge la primera solución el Código alemán¹⁴⁸ y la segunda el Código italiano.¹⁴⁹ En nuestro sistema no hay una regla general, pero en diversas hipótesis se observan casos de invalidez (únicamente) parcial, según veremos.

Los desarrollos de la teoría de la invalidez parcial tienen sus orígenes en Roma y se han formalizado en el aforismo de que lo útil no se vicia por lo inútil.¹⁵⁰ En este caso, la cláusula inválida se separa del resto del negocio, el cual queda en pie.¹⁵¹

El principio que se encuentra detrás de la regla es el principio de conservación,¹⁵² también de formulación romana.¹⁵³

Veamos cuáles son los casos de invalidez parcial en nuestro Código Civil:

- a- Establece el artículo 709 del Código Civil que "La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no produce la de la obligación principal".

144. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 304 y STOLFI, op. cit., supra 37, p. 91. Puede ocurrir, por supuesto, que haya nulidad sin indemnización V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 416.

145. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 364 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 112 V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 404. BARASSI, op. cit., supra 139, p. 157.

146. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 64.

147. V. BETTI, op. cit., supra 35, ps. 360 y 361.

148. "La nulidad parcial de un negocio implica su nulidad total, a menos que se infiera que los interesados a lo mismo hubieran celebrado sin la parte nula". VON THUR, Andreas. Parte general del Derecho Civil.

149. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 365. "...se presume la nulidad parcial, salvo que resulte que las partes no hubiesen celebrado el negocio sin aquella parte viciada de nulidad". GULLON BALLESTEROS, Antonio, Curso de Derecho Civil. El Negocio Jurídico. Editorial Tecnos. Madrid, 1969, p. 201. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 243.

150. "Nom vitatur utile per inutile", ULPiano. Lib. XLV, tit. I.V. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 38.

151. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 369. "En tal caso quedan a salvo los efectos que dependen de la parte, o de la cláusula del negocio que permanece válida". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 615.

152. V. RESCIGNO, Pietro, Manuale del diritto privato italiano, Jovene-editores, Napoli, 1973, ps 73 y 313.

153. "Se ha de estar por la validez con preferencia a la nulidad", CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 148.

- b- Por su parte, el artículo 593 del mismo cuerpo legal preceptúa la nulidad de las disposiciones testamentarias donde el beneficiario es la Iglesia en cuanto excedan de un diez por ciento del caudal hereditario. No anulan todo el testamento y la misma disposición es nula solamente en el exceso.
- c- La donación sólo puede comprender los bienes presentes del donante (artículo 1398, inciso 2, del Código Civil: "También es absolutamente nula... 2.- La donación de bienes por adquirir"). Si la donación comprende, entre otros, bienes futuros, es nula solamente respecto a estos.
- d- Las disposiciones en favor de personas inhábiles son absolutamente nulas en materia testamentaria, según lo establece el artículo 594 del Código Civil; no invalidan el testamento, sino que más bien pueden generar un derecho de acrecer (artículo 569 del Código Civil).
- e- El legado de cosa ajena es nulo (artículo 598 del Código Civil). Sin embargo, si la cosa legada es en parte del testador, el testamento es válido en cuanto a aquella parte.
- f- El usufructo constituido a favor de persona jurídica¹⁵⁴ por más de treinta años es inválido en cuanto al exceso (artículo 359 del Código Civil).
- g- De conformidad con el artículo 1094 del Código Civil "Cuando la convención no ha regulado la duración de la facultad de retroventa, o cuando ha indicado un término mayor de cinco años, el plazo para ejercitarla, queda, de pleno derecho, fijado o reducido a ese término..." En este caso, si el plazo excede el límite es válido sólo dentro de la duración consentida por la ley.
- h- "La obligación solidaria puede ser nula respecto a un deudor sin que esto afecte a los demás cuando la nulidad se fundare en motivo que sólo concierna a la parte que le alegue". El requisito "para que el acto jurídico pueda ser sólo parcialmente anulado, es que sus diversas disposiciones, o mejor dicho, los diversos actos de disposición que él encierra, sean separables, por ejemplo, si un testamento es válido en sus formas, la nulidad de la institución de herederos, por cualquier causa que fuera, no anula sus otras disposiciones. Por excepción, son indivisibles y deben considerarse inseparables las diversas cláusulas de una transacción".¹⁵⁵

7. Los tipos de invalidez

También en relación con la delimitación de los tipos de invalidez hay confusiones doctrinarias.¹⁵⁶

154. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, s 366 y 367.

155. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1033.

156. Un ejemplo puede verse en el siguiente texto: "Los actos o fenómenos jurídicos pueden clasificarse así: en actos jurídicos propiamente tales: en actos inexistentes, por carecer de alguna de las causas o requisitos de su existencia; en actos nulos de pleno derecho, no por carecer de las causas o requisitos de existencia, sino por ser contrarios a las normas fundamentales del Derecho, por no servir en buenas cuentas, para realizar la misión suprema del Derecho, la cual es la de facilitar la vida de relación de los individuos de la especie humana y, por último, en actos que, por carecer de alguna de las condiciones internas o externas exigidas por el Derecho pueden ser anulados..." ALVAREZ, Teodoro, Derecho Civil, Teoría de los actos jurídicos. Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1949, p. 21.

El Derecho positivo no regula, en forma general, la invalidez (lo que no es obstáculo para que el jurista, partiendo de los datos concretos, pueda elaborar un concepto con funcionalidad teórico-general), sino que prevé una disciplina particularizada¹⁵⁷ y diversas formas.¹⁵⁸

El negocio jurídico inválido puede ser nulo o anulable y existen normas que disciplinan separadamente estas dos categorías.¹⁵⁹

El fundamento de la distinción ha sido puesto, no en consideraciones lógico-formales, sino en razones de oportunidad y adecuación que el legislador ha elaborado sobre las circunstancias reales.¹⁶⁰ Para otros reposa sobre las exigencias concretas que revelan la deformidad respecto al esquema normativo.¹⁶¹ Se ha dicho también que ella depende de la gravedad del vicio.¹⁶² Para otros, en fin, depende de la exigencia de graduar la reacción del Derecho frente a las diversas anor-

157. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36. p. 275.

158. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 390, BRANCA, Giuseppe, Istituzioni di diritto privato, ZANICHELLI, BOLOGNA, 1973, P. 90. VENZI, Giulio, Manuale di diritto civile Italiano, UTET, Torino, 1933, p. 163.

159. "En el Código Civil alemán encontramos netamente establecidos dos grados de "ineficacia" de los actos jurídicos 1- nulidad; 2- anulabilidad. Algunos consideran incluidos por lo menos tácitamente establecida, la categoría de los actos inexistentes. La distinción en actos nulos y anulables, por otra parte, tiene en el Código Civil alemán un sentido nuevo, completamente desconocido en la legislación de los demás países a saber: la anulación en el caso de los actos anulables o anulabilidad, no exige la intervención de la justicia ni declaración judicial alguna: es suficiente que la parte que tiene el derecho de invocarla lo haga saber a la otra, sea por una declaración expresa, sea tácitamente: si la otra parte pretende que las condiciones de la anulabilidad no existen y que el acto es válido, es ella la llamada a promover las acciones judiciales del caso". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010. "En el derecho civil francés encontramos tres categorías de invalidez de los actos jurídicos: actos inexistentes, nulos y anulables, o, en otros términos: inexistencia, nulidad y anulabilidad, respectivamente. En nuestro Código Civil (Argentina) sólo encontramos dos grados de invalidez: actos nulos y anulables: los primeros, salvo diferencias de detalle, comprenden las dos categorías de actos inexistentes y nulos. La mayor simplicidad de nuestro Código nos parece perfectamente justificada si se tiene en cuenta la falta de alcance práctico de la distinción entre actos inexistentes y nulos. SALVAT, op. cit., supra 54. p. 1012 V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 240.

160. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 273.

161. "La diversidad de las formas de invalidez es coherente con la lógica que preside el juicio en términos de disvalor. En efecto mientras que la conformidad entre hecho y esquema normativo presenta un tratamiento unitario -en tal sentido la validez no tiene articulaciones-, la disformidad y consecuentemente el juicio de "disvalor", no puede presentarse uniformemente, sino que debe asumir rasgos diversos par realizar mejor el equilibrio de valores de que la norma es portadora con las exigencias que los hechos de la vida evidencian". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 11. Según otros depende de la importancia de los preceptos STOLFI, op. cit., supra 37, p. 61.

162. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 242. "...se puede decir que la anulabilidad se presenta cuando falte un presupuesto de validez, o bien, cuando un elemento esencial del negocio se halle simplemente viciado, mientras que se tiene nulidad sólo cuando un elemento del negocio está, precisamente, ausente". BETTI, op. cit., supra 35, p. 353.

malidades.¹⁶³ Se distingue, complementariamente, por su modo de operar¹⁶⁴ y por la eficacia.¹⁶⁵ De conformidad con la doctrina mayoritaria nulidad y anulabilidad pueden distinguirse según diversos criterios: a) prescriptibilidad de la acción,¹⁶⁶ b) según haya falta o vicio de un elemento,¹⁶⁷ c) según la eficacia,¹⁶⁸ d) según que haya o no posibilidad de declararla de oficio,¹⁶⁹ e) según la legitimación activa para reclamarla¹⁷⁰ y f) según la posibilidad de convalidación.¹⁷¹

163. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 236.
164. "La calificación negativa opera diversamente en las dos especies de invalidez. En la hipótesis de "vicio" que causa nulidad el mecanismo de valoración consiste en una operación objetiva, un mero enfrentamiento entre hecho y esquema legal. En cambio, en la hipótesis de vicio productor de anulabilidad el mecanismo es más complejo por la consideración del interés del sujeto que puede obtener ventaja o perjuicio del acto: en tal caso, el ordenamiento, aun calificado negativamente el acto, le atribuye efectos jurídicos provisionales que el sujeto titular del interés puede reducir a nada o hacer definitivos". TOMMASINI, op. cit. supra 38, p. 14.
165. "La valoración negativa de una declaración negocial deriva de la falta de alguno de los requisitos...o de la programación de una actividad que persigue un fin ilícito: en tales casos el acto es calificado como nulo. Esta también valorado negativamente el acto que no proyecta o es fundamentalmente dudoso que proyecte el efectivo interés de un sujeto: negocio realizado por el incapaz, o viciado por error, dolo o violencia psíquica. En estas hipótesis, a pesar de los vicios, el Ordenamiento no excluye a priori la eficacia del acto, sino que atribuye a esta eficacia carácter de precariedad, remitiendo al sujeto interesado..la valoración acerca del carácter ventajoso o perjudicial del acto y la consecuente decisión sobre su conservación o eliminación". TOMMASINI, op. cit., supra 38 p. 14. Estos diversos criterios deben integrarse. V. BORDA, op. cit, supra 56, p. 392.
166. "La acción declarativa de la nulidad no prescribe nunca porque, no habiendo necesidad de la declaración judicial para quitar eficacia al acto nulo, no hay derecho para pedir la nulidad que puede perderse con el transcurso del tiempo (en Costa Rica se da un tratamiento diverso, según veremos); en cambio, la acción de anulación se extingue por prescripción, porque se fundamenta en un derecho concedido a personas determinadas, que se ejercita mediante la correspondiente acción", STOLFI, op. cit., supra 37, p. 87 "...es natural que la nulidad, al contrario que la anulabilidad, no se prescriba y no se sane, según principio..." BETTI, op. cit., supra 35, p. 355, V. tamb. RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311.
167. "...sobre la eficacia del negocio puede incidir la falta o vicio de un elemento que se refiera a la conclusión misma del negocio: se habla entonces de invalidez del negocio en sus dos especies de la nulidad y de la anulabilidad. Los negocios nulos son ineficaces al origen; los negocios anulables son negocios eficaces que vienen privados de los efectos mediante el pronunciamiento judicial de anulación". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 310.
168. "Los negocios nulos...son negocios improductivos de efectos, a diferencia de los negocios anulables que permanecen eficaces hasta el pronunciamiento y adquieren definitiva eficacia cuando la impugna ya no pueda ejercitarse o el sujeto legitimado a impugnar los convalide". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 73. "El acto nulo no produce ninguno de los efectos jurídicos a que por su índole habría dado origen si hubiese sido válidamente realizado; el anulable, en cambio, produce los efectos de que es capaz, hasta que no sea anulado". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86
169. "...una causa de nulidad puede ser relevada por el juez de oficio, en el proceso, sin necesidad de que una específica demanda exista, mientras que la causa de anulación debe ser hecha valer por el sujeto legitimado". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311. En Costa Rica, según veremos, por jurisprudencia no se admite la declarabilidad de oficio de la nulidad negocial.
170. "El acto nulo está privado de efectos frente a todos, parte o terceros pueden actuar para hacerlo declarar nulo; el negocio anulable, en cambio, concediéndose la acción sólo a determinadas personas, puede ser impugnado sólo por ellas". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86, "La legitimación para actuar por la nulidad del acto corresponde a quien tenga interés; la legitimación para la acción de anulación es en cambio atribuida solamente al sujeto en cuyo interés se ha establecido por la ley". RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 396.
171. "El acto nulo es insanable: contrariamente el acto anulable que puede ser convalidado por el transcurso

Estos criterios adquieren matices particulares en nuestro ordenamiento, según veremos más adelante.

Con respecto a ambos tipos se dice que la sentencia es retroactiva.¹⁷²

a- *Notas sobre la inexistencia. No se trata de invalidez*

Sobre la calificación de "inexistente" aplicada a un negocio jurídico se ha llegado a decir que genera una expresión contradictoria. Es interesante, en todo caso, la reconstrucción del concepto y la determinación de su posible utilidad.

A diferencia de la invalidez y la ineficacia, en la inexistencia falta del todo el negocio.¹⁷³ En la inexistencia, a diferencia de la ineficacia, no encontramos un supuesto potencialmente eficaz.¹⁷⁴ Siendo la inexistencia la forma más radical de "ineficacia" (en sentido amplio) el negocio inexistente no puede calificarse ni de inválido ni de ineficaz en sentido estricto.¹⁷⁵

La formulación de la idea tiene raíces en Roma,¹⁷⁶ sin embargo, el concepto es una construcción conceptual de la doctrina francesa "que se sirvió de ella con el fin práctico de eludir las rigurosas consecuencias a que en el Derecho de aquel país conducía el principio tradicional consagrado por la jurisprudencia que imponía el carácter taxativo de las causas de nulidad (pas de nullité sans texte). Efectivamente, partiendo de la serie de que la nulidad sólo puede ser acordada con base en un texto legal, los intérpretes se encontraron frente a supuestos en los cuales el texto legal faltaba, pero en los cuales una absoluta "ineficacia" venía exigida por la naturaleza misma de las cosas".¹⁷⁷

Se ha puesto en duda la utilidad y necesidad del concepto.¹⁷⁸ El sirve, sin embargo, para

del tiempo y por la confirmación, que puede resultar de la ejecución voluntaria del negocio". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 86. "Los negocios nulos no pueden ser sanados mediante la convalidación del autor. La convalidación o confirmación es permitida en cambio para los negocios anulables al sujeto a quien corresponde el poder de anulación. La convalidación es también un acto de autonomía negocial consistente en una declaración, o en un comportamiento, o se la ejecución voluntaria del acto anulable, realizada con conocimiento del motivo de anulabilidad". RESCIGNO, op. cit., supra 152, ps 73 y 311 V. tamb. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 275. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 399.

172. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 87.

173. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 405. "...la relevancia de un hecho debe buscarse en sus mínimos existenciales..." TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 9 V. BONET, Francisco, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 726.

174. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 42.

175. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 329, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 240.

176. "Quod nos est confirmari non potest". Lo inexistente no puede confirmarse. CABANELLAS, op. cit., supra 76 p. 106. Así lo ha sostenido nuestra jurisprudencia: "Ni la escritura ni su inscripción pueden tener la virtud de otorgar existencia legal a un acto o contrato que carece de ella..." SALA DE CASACION, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970.

177. DIEZ PICAZO, op. cit. supra 34, p. 287, BORDA, op. cit. supra 56, p. 408.

178. "...el concepto, así diseñado, desde nuestro punto de partida carece seguramente de utilidad y de necesidad. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta. Y carece de necesidad porque, como ya antes hemos señalado, no es preciso que la nulidad esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del Derecho". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 287. Tamb. BORDA, op. cit. supra 56, p. 410.

distinguir aquellos casos donde existía algo de la figura (una parte o su apariencia).¹⁷⁹ La diferencia es clara si se observa que en algunos de los casos de nulidad absoluta previstos en el artículo 835 del Código Civil no puede hablarse de inexistencia.¹⁸⁰ Aunque se trata de cosas diversas, como se ha explicado, nuestro legislador ha regulado la inexistencia como una de las modalidades de la nulidad (artículo 835, inciso 1 in fine, del Código Civil).

Hay inexistencia en el negocio realizado en representación teatral, con fines didácticos, o en broma, lo mismo que en las promesas de cortesía.¹⁸¹ También en los casos donde, por disposición, no pueda realizarse un determinado contrato se ha hablado de inexistencia.¹⁸² La hipótesis referida, sin embargo, corresponde a la nulidad absoluta derivada de contrariedad a normas prohibitivas o imperativas (art. 19 C.C.).

b- La nulidad

Con la expresión nulidad hacemos referencia a una valoración negativa de una situación que no integra el contenido previsto por la norma jurídica en hipótesis específicas.¹⁸³ Se califica de nulo el negocio que, por falta de un elemento esencial, o contrariedad a normas imperativas,¹⁸⁴ carece de aptitud para dar vida jurídica a la situación correspondiente a su función económico-social.¹⁸⁵ Se habla, pues, de nulidad, cuando faltan elementos esenciales o constitutivos del negocio.¹⁸⁶

La nulidad ha sido caracterizada por algunos como ineficacia radical (confundiéndose ineficacia con invalidez),¹⁸⁷ estructural y automática. El negocio nulo tiene su irregularidad en la formación y, se sostiene en doctrina —aunque ya veremos las atenuaciones existentes en nuestro Ordenamiento con relación a la prescripción y a la declarabilidad de oficio— que se produce sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción y puede declararse de oficio.¹⁸⁸

179. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 340.

180. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 111.

181. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, ps. 340 y 341.

182. "No es dable admitir que un médico empleado a sueldo, a tiempo completo del hospital San Juan de Dios puede cobrar honorarios por los servicios que preste en la sección de pensionados, pues no puede en tales condiciones surgir un vínculo contractual o extracontractual con el paciente". SALA DE CASACION, No. 9, de 16 y 30 hrs. de 18 de enero de 1967.

183. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 323.

184. "La nulidad del negocio puede derivar de diversas causas que se pueden agrupar en dos categorías: a) falta de uno de los elementos esenciales del negocio, b) contrariedad del negocio a normas legales imperativas, al orden público o a las buenas costumbres; aquí se comprende también el motivo ilícito, en los casos en que éste influye radicalmente sobre el negocio y la condición ilícita cuando ésta "vitiatur ed vitiatur". FRANCESCHELLI, op. cit. supra 57, p. 111. V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 241, VENZI, op. cit. supra 158, p. 164.

185. BETTI, op. cit., supra 35, p. 353, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 195.

186. MESSINEO, op. cit. supra 56, p. 614.

187. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 301.

188. DIEZ PICAZO, op. cit. supra 34, p. 301 y ALVAREZ, op. cit., supra 156, p. 90. "Entre la nulidad absoluta y la relativa (léase "anulabilidad") existen notables diferencias. La obligación viciada con nulidad absoluta nunca, para la ley, ni por un momento, ha tenido existencia, nada puede convalidarla, ningunos efectos pueden producir en favor o en contra de persona alguna. La viciada con nulidad relativa (anulabilidad), tiene, por el contrario, efectividad legal mientras la rescisión (léase "anulación") no se produzca; de tal modo, que nada impediría que en ese estado fuera susceptible de novación; y el transcurso

Al respecto afirma Brenes Córdoba: "en su condición más general, nulidad es el estado o condición de un acto jurídico o de un convenio que por contener algún vicio o en su esencia o en su forma, no es apto para producir en Derecho los efectos que produciría a no existir el vicio de que adolece. También se designa con este nombre el defecto mismo que ocasiona la ineficacia de la especie que ocurre, y así se dice que tal contrato 'está viciado de nulidad'".¹⁸⁹ Sobre esta definición cabe observar lo ya expresado: invalidez e ineficacia operan sobre planos diversos.

El negocio nulo —se dice— no produce efectos;¹⁹⁰ la acción para alegar esta forma de invalidez corresponde a cualquier interesado;¹⁹¹ la acción no está sujeta a prescripción (solución no admitida en nuestro sistema de conformidad con el artículo 837 del Código Civil) y se trata de una forma de invalidez que no puede ser convalidada (artículo 837, Código Civil).¹⁹²

A la nulidad corresponden también los caracteres genéricos de la invalidez: responde a causas originarias y —se dice— constituye una sanción impuesta por la ley.¹⁹³ Según lo visto, esta segunda característica sólo es referible a la invalidez que deriva de ilicitud.

Se ha discutido la operatividad de la nulidad con independencia de texto específico que la imponga expresamente. Esta es negada dentro de la tradición francesa (*pas de nullité sans texte*). En nuestro Derecho la regla parece ser contraria, pues el Código Civil expone con gran generalidad que los actos o convenios contra leyes prohibitivas serán nulos,¹⁹⁴ salvo que en las mismas normas se establezca una consecuencia diversa para el caso de contravención. La sanción frente a cualquier infracción legal mediante negocio sería la invalidez y, específicamente, la nulidad.

La nulidad se encuentra prevista en el artículo 835 del Código Civil: "Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: 1.— Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia, 2.— Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen y 3.— Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces".¹⁹⁵

de un plazo, por lo regular breve, cubre con la prescripción al vicio originario". BRENES, op. cit., supra 56, p. 251. "otra diferencia entre ambas nulidades se nota con relación a la mayor o menor facilidad que se concede para su declaratoria: la absoluta es declarable de oficio o a instancia de cualquier interesado...no así la relativa..." BRENES, op. cit., supra 56, p. 251.

189. BRENES, op. cit. supra 56, p. 241.
190. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 394. "El negocio nulo —que algunos califican de negocio nacido muerto— no produce efecto ni favorable ni perjudicial a los interesados. STOLFI, op. cit. supra 37, p. 66 Ya los romanos habían formulado el aforismo de que "Quod ab initio nullum est non producit effectum". "Ningún efecto produce lo nulo en su origen". CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 105. V. ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 143.
191. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 394.
192. CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 95, ps 338 y 339 V. tamb. LA CRUZ, op. cit. supra 36, p. 279, y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1009.
193. V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1005.
194. "...Cicerón sostenía que había sido contra ley el que los patricios hubieran pasado al tribunal de la plebe y que por tanto, no debía tener valor nada de lo hecho..." PLUTARCO, *Vidas paralelas, Demóstenes, Cicerón, Demetrio, Antonio*. Cuarta edición, m Colección Austral, Espasa-Calpe, S.A. Madrid, p. 55.
195. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 62, BRENES, op. cit., supra 56, p. 242, COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 752, BONET, op. cit., supra 173, p. 727.

1. En particular sobre la nulidad derivada de la ilegalidad

Se califica de "negocio ilegal el realizado en desprecio de una norma imperativa (normalmente prohibitiva). "El negocio ilegal se concreta en una contrariedad de la causa, respecto a normas imperativas".¹⁹⁶ Tales comportamientos son, de conformidad con nuestro Ordenamiento, nulos¹⁹⁷ tal nulidad ha sido reiteradamente reconocida por nuestra jurisprudencia.¹⁹⁸

El principio no es nuevo. Sus orígenes se encuentran en Roma en el Digesto¹⁹⁹ y en el Código de Justiniano,²⁰⁰ lo mismo que en diversos aforismos latinos.²⁰¹ También se encuentra el principio en las Reglas de Bonifacio III.²⁰²

Los ejemplos posibles de negocios contra disposiciones prohibitivas son múltiples: entre ellos merece citarse la nulidad del pacto comisorio en materia hipotecaria²⁰³ y —en algunos Ordenamientos— los pactos que sobrepasan tipos legales de intereses (de lo cual ya se encontraban ejemplos en las Leyes de Manú de la antigua India).²⁰⁴ También en materia de inquilinato se ha sostenido la nulidad de los pactos sobre elevación de alquileres.²⁰⁵

196. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 603.
197. "Puede ocurrir que el contrato haya sido concluido, pero que se encuentre en contraste con alguna de las normas que disciplinan en forma inderogable la autonomía contractual; en este caso el Derecho reacciona quitando al acto su peculiar relevancia". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 230 y ALVAREZ, op. cit., supra 156, p. 83. Un ejemplo se encuentra en el artículo 11 del Código de Trabajo, según el cual: "serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes que los favorezcan". V. DE LA CUEVA, Mario Derecho Mexicano el Trabajo, I. Porrúa, México, 1967, p. 258.
198. "Si bien los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, según reza el artículo 1022 del Código Civil, sus estipulaciones no son operantes cuando contravienen disposiciones prohibitivas de la ley". SALA DE CASACION, No. 3 de 10 y 55 hrs del 14 de enero de 1952, sem. I. tomo único, p. 18, "Los actos y convenios contra leyes prohibitivas serán nulos". SALA DE CASACION, 14 I sem. I tomo, p. 205, 1954. "...el artículo 10 del Código Civil sanciona con nulidad los actos y convenios verificados contra leyes prohibitivas..." SALA DE CASACION, No. 79 de 15 y 50 hrs del 4 de agosto de 1955, sem II, tomo I p. 369. V. tamb. 23 de julio de 1895, 11 de diciembre 1901, 3 p.m. de 2 de junio de 1903, 11 de junio de 1904, 19 de enero de 1905. 10 y 20 hrs. del 29 de agosto de 1941.
199. "Contra juris civilis regulas facta conventa rata non habentur". Los pactos convenidos contra las reglas del Derecho Civil son nulos. GAYO, Lib. II, tit. XIV, 1.28, DIGESTO. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 12.
200. "Pacta quae contra leges constitutiones que vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est". Indubitable Derecho constituye que los pactos contra las leyes y las constituciones, o contrarios a las buenas costumbres, no tienen fuerza alguna. Lib. II, tit. III, 1.6 CODIGO DE JUSTINIANO, CABANELLAS, op. cit. supra 76, p. 3.
201. "Nullum pactum, nullum conventum, lege contrahere prohibente". Todo pacto o convenio es nulo cuando lo prohíbe la ley. Aforismos latinos, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 97. "Si contra fit nihil est quod fit". Lo hecho en contra (de la ley) carece de valor. Aforismos Latinos, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 109.
202. "Qua contra jus fiunt, debet utique pro infectis haberi". Las cosas hechas contra Derecho deben, en verdad tenerse por nulas Reglas de Bonifacio III, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 63.
203. "Es nula la convención que estipule para el acreedor, en caso de no cumplimiento de parte del deudor, el derecho de apropiarse los bienes hipotecados". (artículo 421 del Código Civil).
204. "Un interés que sobrepasa la tasa legal y que se aparta de la regla precedente, no es válido". MANAVA DHARMA SASTRA, op. cit., supra 129, p. 249. (Libro octavo).
205. "...el consentimiento del inquilino no tiene la virtud de legitimar el alza que prohíbe la citada ley de inquilinato, como lo dijo este mismo Tribunal de Casación en la sentencia No. 3 de las 10 y 55 hrs. del

Excepcionalmente, en materia testamentaria, la ilicitud del negocio puede depender también de la ilicitud del motivo, siempre que sea determinante y que resulte del negocio.²⁰⁶

2. En particular sobre la nulidad de pactos que limitan la disponibilidad

De conformidad con el artículo 292 del Código Civil, en lo que nos interesa, por ahora, "es permitido establecer limitaciones a la libre disposición de los bienes, únicamente cuando estos "se transfieran a título gratuito. Pero no serán válidas por un plazo mayor de diez años...serán nulas, por contrarias al interés y a la libre disposición de los bienes las limitaciones establecidas por mayor tiempo". Obsérvese que la validez del acto que contiene la prohibición citada está subordinada a límites temporales;²⁰⁷ este es un principio que puede referirse a todo tipo de acto de disposición, por ejemplo, también materia hipotecaria,²⁰⁸ así como a otras limitaciones a la disponibilidad que no implican alienación.²⁰⁹

3. En particular sobre la nulidad por patología en la causa negocial

De conformidad con el artículo 627 del Código Civil, inciso 3, para la validez de la obligación es "esencialmente indispensable" causa justa.

La problemática doctrinal sobre este elemento²¹⁰ ha sido grande y conflictiva.

A nuestro juicio la significación de este elemento se encuentra en lo siguiente: cuando la programación negocial de intereses²¹¹ revela una relación de conformidad con los valores del Ordenamiento, el negocio se encuentra en posibilidad de desplegar su función jurídica, la cual se resume en la síntesis de sus efectos. Este elemento adquiere relieve práctico desde el punto de vista negativo: es la inexistencia o ilicitud de la causa lo que plantea problemas en torno a la eventual invalidez del negocio; también presenta problemas la superación de los límites de elasticidad del

14 de enero de 1952, donde expresó que "si bien los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes -artículo 1022 del Código Civil- sus estipulaciones son inoperantes cuando contravienen disposiciones prohibitivas de la ley, y en el caso concreto, establecida la prohibición de elevar alquileres sobre los precios del mes de agosto de 1939, por una ley de orden público, las estipulaciones contractuales en contrario son nulas y no pueden tener aplicación". SALA DE CASACION, No. 1 de 14 y 30 hrs. del 7 de enero e 1970 (voto salvado). V. VON THUR, op. cit., supra 148 ps 92 y 93 y MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 504.

206. V. MESSINEO, op. cit. supra 56, p. 605.

207. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 656.

208. "Es nulo el pacto prohibitorio de posteriores hipotecas". CABANELLAS, op.cit., supra 76, p. 141.

209. Un ejemplo interesante se encuentra en nuestra jurisprudencia: "la cláusula contenida en el documento de compraventa de hipoteca en virtud de la cual "convienen las partes expresamente, que en el lote vendido se edificará únicamente casa de habitación" es absolutamente nula como contraria a la prohibición de limitar la libre disposición de los bienes por convenio, ya que no es de los autorizados por la ley para imponerlas". TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, No. 687 de 16 y 30 hrs del 8 de octubre de 1973.

210. Fin práctico para COVIELLO Y SCUTO, fin económico social para RUGGIERO, interés tutelado para CARNELUTTI Y BORDA, función del negocio para ASCARELLI, razón justificativa de la eficacia negocial para DUSI y FERRARA, relación económico-social para ALESSI, conjunto de elementos de hecho para MAZZONE, función jurídica del negocio para APUGLIATTI, etc.

211. Sobre el negocio como programación V. CAMPAGNA, I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano, 1958, p. 55 BARCELLONA, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano, 1962, p. 162, RICCA, Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, Milano, 1965, p. 150, BUCCISANO, La novazione oggettiva, milano, 1968, p. 116, PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, MILANO, 1966, p. 313.

esquema causal. Es en este sentido que la causa, como función del negocio, asume la posición de límite respecto de la voluntad negocial²¹² influyendo de este modo sobre la validez.²¹³ Se explica de este modo que "...todos los medios ilegales o indecorosos de lucrar son reprobados por la ley, la cual niega, en consecuencia eficacia obligatoria a los compromisos que deban su origen a una causa ilícita, como el juego, la explotación de empresas inmorales, contrabandos y demás".²¹⁴ La nulidad de los negocios inmorales deriva, pues, de una ilicitud de la causa. Negocio inmoral es aquel que daña las buenas costumbres, o sea, que va contra los principios morales de un determinado lugar en un dado momento. No se asume como norma de buenas costumbres la moralidad en abstracto, sino aquella que es la opinión común, vigente en un determinado ambiente, considera como tal.²¹⁵ Este principio también es de origen romano.²¹⁶

4. En particular sobre la nulidad por patología en el objeto negocial

En los casos en que el objeto es un elemento esencial (específico) del negocio jurídico y falta o se encuentra viciado, puede producirse la invalidez negocial, formalmente nulidad. Los casos posibles de incidencia del defecto o vicio en el elemento objetivo son múltiples. Nos limitaremos a señalar algunos ejemplos:²¹⁷

1. Una obligación facultativa que adolece de algún vicio inherente a la cosa que forma su objeto, es nula aunque no adolezca de ningún vicio la cosa designada para la facilidad del pago (artículo 659 del Código Civil).
2. Hay también nulidad cuando el objeto no puede referirse al tipo específico de negocio; así, por ejemplo; la donación indeterminada (de todo o parte del patrimonio) o la donación de bienes por adquirir (artículo 1398 del Código Civil).
3. La nulidad puede derivar también de la inexistencia de un objeto vendido como existente: "*Si al tiempo de la celebración del contrato no existe la cosa vendida como existente, será absolutamente nula la venta; pero si existe una parte de ella, el comprador puede apartarse del contrato o mantenerlo respecto de dicha parte, con disminución proporcional del precio*" (artículo 1060 del Código Civil).

212. V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 117.

213. Ya en Roma fue formulado el principio de que "cum nulla causa est propter conventionem, non potest constituere obligationem". La convención de causa nula no crea obligaciones. CABANELLAS, opo. cit., supra 76, p. 77.

214. BRENES, op. cit. supra 56, p. 26.

215. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 605.

216. "Rerum inhonestarum nulla est societas". Para cosas deshonestas es nula la sociedad. ULPIANO, Lib. XVII, tit. II, 1.57 DIGESTO. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 21.

217. V. en general, MESSIENO, op. cit., supra 56, p. 615.

4. En general acarrea nulidad la disposición de cosas fuera del comercio.²¹⁸ Están fuera del comercio, por ejemplo, los bienes de dominio público²¹⁹ y las que por disposición legal carecen de lo que se llama "comerciabilidad"²²⁰ como ocurrió, por ejemplo, con los bienes de las personas "intervenidas".²²¹
Es importante la aclaración, realizada por nuestra jurisprudencia de que "la nulidad del pre-contrato si su objeto está fuera del comercio, sólo podría darse si al celebrarse el contrato definitivo el objeto mantiene esta característica, pues, si para entonces el objeto ya está dentro del comercio no sería razonable declarar la nulidad del precontrato ni del contrato principal".²²²
5. El carácter ajeno de la cosa en materia civil puede determinar nulidad.²²³ Al respecto establece nuestro Código Civil, en su artículo 1063: "*la nulidad de la venta de cosa ajena queda salvada si el verdadero propietario ratifica la enajenación, o si el vendedor llega a ser ulteriormente propietario de la cosa vendida*"; esta regla es aplicable también al contrato de cesión.²²⁴

218. Ya en Roma se afirmó: "Earum rerum, quas natura vel gentium jus vel more civitatis commercio exuarunt, nulla venditio este". Es nula la venta de las cosas que del comercio excluyeron la naturaleza, el Derecho de Gentes o las costumbres de la ciudad. PAULO, Lib. XVIII, tít. I. ley 34, p. I, CABANELLAS, op. cit., supra 76. p 22.
219. "El presente caso se trata de un litigio entre particulares, referentes a la validez de una compraventa y el cobro de daños y perjuicios, en que no figuran como parte el Estado ni ninguna de sus instituciones, y si bien el contrato que se pide anular fue celebrado respecto a tierras que se dicen de milla marítima a ese mero hecho es insuficiente para atribuirle interés directo al Estado, pues el fallo que llegue a dictarse sólo podrá tener eficacia para las partes y en cuanto a los derechos vinculados del contrato, sin afectar o modificar en modo alguno el régimen especial a que están sometidos los bienes de dominio público, todo lo cual permiten concluir que el asunto no es de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, por no tener cabida en ninguna de las reglas del artículo 6 de la ley Orgánica del Poder Judicial". SALA DE CASACION. No. 109 de 14 hrs. del 26 de setiembre de 1973.
220. "Si la compraventa se celebró cuando la finca estaba afectada por limitaciones conforme a las cuales su dueña no podía venderla, hipotecarla, ni de cualquier otro modo enajenarla o comprometerla, tal compraventa es nula por referirse a una cosa que por disposición de la ley estaba fuera del comercio". SALA PRIMERA CIVIL, No. 107 de 8 y 5 hrs. del 27 de abril de 1973.
221. "La nulidad prevista en el artículo 6 de Decreto Ley No. 41 de 2 de junio de 1948, no obedece a un criterio formalista sino que fue establecida en beneficio de los intereses del Estado presumiblemente defraudado; y tiene como finalidad primordial la de hacer imposible la transmisión de bienes pertenecientes a personas intervenidas, con el propósito de asegurar su reintegro al Tesoro Nacional". SALA DE CASACION, 10 hrs del 15 de marzo de 1951, sera 1, tomo único, p. 279.
222. SALA PRIMERA CIVIL, No. 219 de 9 hrs del 27 de julio de 1973.
223. "Una invalidez pendiente produce, en cuanto a los efectos reales, la venta de cosa ajena...se atribuye la propiedad al comprador en el momento en que el vendedor la adquiere". BETTI, op. cit., supra 35, p. 364.
224. "...no pueden estimarse como infringidas las disposiciones legales de que se ha hecho mérito, porque el fallo recurrido no niega la existencia de la cesión impugnada en este juicio, sino que se limita a declarar la nulidad de la misma en razón de haber recaído sobre una cosa ajena, pronunciamiento basado en el artículo 1061 del citado cuerpo de leyes, conforme al cual la venta de cosa ajena es absolutamente nula y también en el 1103 ibídem cuyo texto expresa que la cesión hecha mediante precio determinado en dinero, se rige por los mismos principios de la venta de objetos corporales, leyes ambas que al ser correctamente aplicados, no han podido ser infringidas". SALA DE CASACION, No. 55 de 10 y 30 hrs del 19 de julio de 1951, sem II, tomo I. p. 760. V. tamb. SALA DE CASACION, No. 65 de 15 y 10 hrs de 18 de junio de 1974.

6. Acarrea también invalidez la imposibilidad del objeto; este principio también es de formulación romana.²²⁵
7. En materia sucesoria es de interés la prohibición relativa a la cesión de derechos sobre herencia futura. Al respecto establece el artículo 520 del Código Civil: "Nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona, mientras esté viva, aunque ella consienta".²²⁶ Esta disposición no se convalida si el vendedor llega a ser heredero.²²⁷
8. La ilicitud del objeto también acarrea nulidad. La particularidad se encuentra en que en ella no se produce el efecto restitutorio de lo que fue pagado a sabiendas,²²⁸ idea que tuvo ya manifestaciones en la codificación de Hamurabi.²²⁹

5. Caracterización teórico-práctica de la nulidad

a- *La acción de nulidad*

El carácter de "absolutes" que normalmente se apareja a la nulidad nos remite al tema de la legitimación activa. La nulidad puede hacerse valer por cualquier interesado. Pueden actuar las partes y también los causahabientes y acreedores quirografarios. Puede ser opuesta por cualquier interesado a quien pretenda ejercitar un derecho basado en el negocio nulo.²³⁰ "Pueden ejercitar la acción de nulidad no sólo las partes del negocio, sino todos aquellos terceros que tengan un interés legítimo en ello, apreciado en el momento del ejercicio, que han de probar suficientemente. La acción ha de proponerse contra quien mantenga la validez del negocio. Pero también contra todos aquellos a quienes pueda afectar la declaración de nulidad".²³¹

225. "Impossibilitum nulla obligatio est" Es nula la obligación e lo imposible. CELSO, L. 185, CABANELLAS, op. cit., supra 7a, p. 56

226. V. SALVAT, op.cit., supra 54, p. 1015. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 16

227. "Se plantea la hipótesis de si la venta de cosa ajena se convalida por la circunstancia de que el vendedor llegare a ser heredero del propietario, pero a ello se opondrá el artículo 520 del Código Civil que prohíbe la disposición de una herencia futura". SALA DE CASACION, No. 4 de 15 y 30 hrs. del 12 de enero de 1960, sem. I.T.I. p. 124.

228. "El artículo 756 del Código Civil no ha sido infringido, porque al demandado no se le niega la devolución el dinero que pretende con base en que él no estaba en capacidad económica de pagar al contado la suma de treinta mil colones, extremo que se aprobó con testigos, sino que esa negativa se fundó en la disposición contenida en el artículo 844 del Código Civil que expresa que la nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas..." SALA DE CASACION, No. 109 de 13 y 30 hrs. del 20 de noviembre de 1952, sem. II, tomo único, p. 1346. "El artículo 805 del Código Civil niega todo derecho a la restitución cuando el objeto constituye un delito común a ambos contratantes. El artículo 844 consagra la misma doctrina para el caso de que la nulidad sea por lo ilícito del contrato". SALA DE CASACION, No. 72, de 15 y 30 hrs. del 23 de junio de 1972.

229. "El campo, la plantación y la casa de un corredor, un pescador y un pagador de impuestos no debe ser vendida... Si un hombre compra ganado u ovejas, que el rey ha dado a un corredor, del propio corredor, pierde su dinero". HAMURABI, Código de...cit.p. GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho*. Primera parte, Editorial Costa Rica, San José, 1968, p. 170.

230. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 67.

231. BRENES, op. cit., supra 56, p. 198. V. BRANCA, op. cit., supra 158, p. 90.

La nulidad es absoluta en un doble sentido: puede ser hecha valer por cualquier interesado (por vía de acción o de excepción) y frente a cualquier sujeto; es absoluta activa y pasivamente.²³²

Como se ha visto, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que ostente un interés, tanto a las partes como a los posibles terceros interesados.²³³ Obsérvese que se requiere la presencia de un interés jurídico, lo que significa que del hecho de que el negocio sea o no válido deriva una diversidad de consecuencias jurídicas para quien intenta la acción.²³⁴

En cuanto a la legitimación pasiva de la acción de nulidad "es doctrina jurisprudencial constante que quien ejercita la acción ha de dirigirse contra todos los interesados en ellas, entendiéndose que son interesados para estos efectos: los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; sus herederos; los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio, y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y a sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otros si éste no fue llamado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad".²³⁵

b- *La declarabilidad de oficio de la nulidad*

Se considera, en doctrina, que debido a la gravedad de la nulidad la acción se otorga a cualquier interesado y cuando consta en autos debe declararse de oficio.²³⁶ Se dice que ella puede ser declarada sin petición de parte cuando aparece manifiesta en el acto.²³⁷

Sobre esta declarabilidad de oficio hay contradicciones. En España, por ejemplo, ha habido un cambio en la jurisprudencia (la declarabilidad de oficio ha sustituido la necesidad de petición de parte). Se afirma, sin embargo, en la doctrina de ese país que para que pueda ser declarada son necesarios, por lo menos, los siguientes presupuestos: "que hayan sido deducidos en el juicio los hechos productores de la nulidad, que la relación jurídico procesal esté bien constituida, siendo partes todos los interesados en la nulidad o validez y, en principio, que las consecuencias de la nulidad hayan sido pedidas por alguno de los litigantes. Las sentencias deben ajustarse a las peticiones de las partes para no incurrir en vicio de incongruencia, por lo que no pueden declarar una nulidad no pedida".²³⁸ En cierta forma esta tesis ha sido sostenida por nuestra jurisprudencia, según la cual si la nulidad no es alegada queda fuera de debate en juicio.²³⁹

Se ha explicado jurisprudencialmente que "los jueces están inhibidos de declarar la nulidad absoluta si no ha sido discutida por las partes en virtud de una acción o excepción, pues deben

232 V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 617. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 423.

233. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 302. V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 242

234. V. CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 95, ps 342 y 343 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, ps 111 y 112. "Ese interés sin duda que tiene que ser jurídico, para que haga viable la acción respectiva...entendiendo por interés jurídico en un concepto simple, la utilidad que representa para el querellante la declaratoria de existir la invalidez total o absoluta". SALA DE CASACION, No. 9 de 15 y 30 de enero de 1958, sem I. T.1. p. 376.

235. LA CRUZ, op. cit. supra 36. p. 291.

236. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 245. V. tamb. HERRERA, Luis Guillermo. *Las nulidades en el proceso civil*. Publicaciones de la U.C.R., 1974 p. 83.

237. V. SALVAT, op. cit., supra 54 p. 1020.

238. LA CRUZ, op. cit. supra, 36, p. 291.

239. SALA DE CASACION, No. 63 de 27 de junio de 1969. "Tratándose de la nulidad de contratos, dado lo complejo de estos, la gravedad y trascendencia de una declaratoria de nulidad y la amplitud que nuestro

someterse a las normas que regulan las formalidades de la sentencia. La declarabilidad de oficio queda limitada a las nulidades de carácter procesal en armonía con las demás normas de esta materia (84 y 385 del Código de Procedimientos Civiles y 8 y 837 del Código Civil).²⁴⁰ Ejemplos de nulidades procesales declarables de oficio, según nuestra jurisprudencia, se encuentran en tema de remate de un bien con gravamen hipotecario que se realiza "libre de gravámenes",²⁴¹ o el remate de bienes que no habían sido legalmente embargados.²⁴²

V. ahora art. 194 y ss del nuevo C.P.C.

c- La no convalidación de la nulidad. La repetición del negocio

La nulidad del negocio implica, en concreto, que las partes carecen en todo momento del poder de sanar la invalidez mediante confirmación o convalidación,²⁴³ idea también de origen romano.²⁴⁴

En algunos ordenamientos, sin embargo, existen excepciones al principio: así, por ejemplo, en Francia (artículo 1340 del "Code Civil") se permite a los causahabientes o herederos del donante, confirmar, después de la muerte de éste una donación nula vicio de forma.²⁴⁵ Igual solución se presenta en Italia.²⁴⁶

En el negocio nulo, como se ha visto, el defecto no puede ser sanado mediante ratificación. Se requiere que se practique de nuevo el negocio;²⁴⁷ la llamada "repetición" o reiteración del negocio nulo exige que desaparezca la razón de nulidad;²⁴⁸ se trata de hacerlo de nuevo.²⁴⁹ Es-

sistema procesal concede a las partes para la defensa de sus derechos, es muy dudoso que aún la nulidad absoluta de aquellos puede declararse como por sorpresa, en una sola instancia y sin dar a las partes todo el campo que las leyes brindan para la discusión, pruebas y defensas de las cuestiones fundamentales". SALA DE CASACION, No. 77 de 6 de agosto de 1969.

240. SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs. del 12 de julio de 1968.

241. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL. No. 892 de 9 y 45 hrs del 6 de octubre de 1976.

242. "Si a solicitud de la actora se ordenó sacar a subasta pública los bienes muebles que no habían sido legalmente embargados y si además de ese vicio, esa resolución no se le notificó al dueño de tales bienes en la forma debida, es evidente que se ha violado la disposición procesal al respecto, y los citados vicios acarrearán nulidad absoluta que debe declararse de oficio, en consecuencia procede confirmar el auto que anula las actuaciones y resoluciones correspondientes a fin de orientar el proceso y no producir indefensión". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 1006 de 14 hrs del 10 de noviembre de 1976.

243. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 197 y STOLFI, op. cit., supra 37, p. 67 V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 242.

244. "Ratificatio nulla est ejus quod nullam est". Es nula la ratificación de lo nulo. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 67 "Quod nullum est ipso iure, perperam et inutiliter confirmatur". Lo nulo por Derecho sigue nulo a pesar de la confirmación. CABANELLAS, op. cit., supra, 76, p. 106.

245. V. COLIN Y CAPITANT, op. ci., supra 130, p. 753.

246. V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, ps 64 y 65 SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 3, p. 244 y MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616.

247. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 245.

248. V. VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

249. "si el autor del negocio quiere establecer la regulación de intereses que no pudo surgir mediante el negocio nulo, debe renovar el negocio, no en el sentido de reproducirlo, sino en el de realizarlo "ex novo". como si el negocio nulo no se hubiese verificado". BETTI, op. cit., supra 35, p. 357.

ta repetición supone nuevas declaraciones de voluntad.²⁵⁰ El negocio surgirá hasta el momento de estas nuevas manifestaciones.²⁵¹

d- Nulidad y prescripción

La regla más generalizada en esta materia es la de que la acción declarativa de la nulidad no se extingue por prescripción.²⁵² la doctrina, mayoritariamente, califica de "imprescriptible" a la acción de nulidad.²⁵³

Teóricamente no habría necesidad de alegar la nulidad absoluta. Con fines preventivos, para evitar el peligro de que el negocio nulo mantenga su apariencia de negocio válido, puede ser solicitada.²⁵⁴

Se afirma —en doctrina— que la declaración de ser nulo el contrato puede pedirse en cualquier tiempo, mientras subsista interés suficiente en el demandante.²⁵⁵ Sin embargo "...por una inconsecuencia lógica inexplicable, el Código actual establece de modo indirecto, que la nulidad absoluta es subsanable transcurrido que sea el período de diez años, pues tal conclusión se desprende de la frase que dice con referencia a la indicada nulidad, que no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes 'ni por el lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria',²⁵⁶ solución avalada por nuestra jurisprudencia.²⁵⁷

Interesa recordar que aunque en Costa Rica se admita la prescripción de la acción de nulidad, esta forma de invalidez puede oponerse siempre como excepción, al igual que la anulabilidad (artículo 843 del Código Civil).²⁵⁸

250. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, . 308.

251. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 616.

252. Es tradicional la máxima de que lo que al inicio es nulo no puede ser sanado por el tiempo. "...la acción declarativa de la nulidad no se extingue por prescripción, lo que se expresa con la máxima tradicional 'quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere'".

253. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95. p. 342. BRANCA, op. cit., supra 158, p. 91.

254. V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 753, MESSINEO, op. cit. supra 56, p. 616. "...las partes que han concluido un negocio nulo y sus causahabientes se pueden comportar como si nunca se hubiese estipulado, sin recurrir al juez. Tal recurso al juez es, sin embargo, a veces, útil y a veces necesario. Es necesario cuando alguno pretenda ejercitar un derecho invocando el acto nulo; las contraparte, entonces, para no ser obligada a realizar la prestación que se le reclama, o, al menos para no ser molestanda, debe discutir en juicio la existencia del contrato..." STOLFI, op. cit., supra 37, ps 66 y 67.

255. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 292.

256. BRENES, op. cit. supra 56, . 246.

257. "Al establecer la ley que la nulidad absoluta no puede subsanarse por el transcurso de un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria, implícitamente reconoce que tal nulidad es susceptible de convalidación por el transcurso de diez años". SALA DE CASACION, 16 y 30 hrs. del 5 de enero de 1951. V. tamb. SALA DE CASACION No. 46 de 15 y 40 hrs. de 14 de mayo de 1963, y 14 y 15 hrs. del 25 de julio de 1940.

258. "...cabe que una vez transcurrido sin hacer uso de ella, puede el titular excepcionar la nulidad frente al que reclama el cumplimiento del negocio? Es clásico el aforismo 'quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum', por el cual se permite oponer siempre la excepción de nulidad, pese a la extinción de la acción". GULLON, op. cit., supra 149, p. 205. "Tanto una como otra especie de nulidad es deducible por vía de acción o de excepción, siendo entendido que esta puede oponerse en cualquier tiempo que el demandante exija el cumplimiento de la obligación anulable o rescindible; o, en otros términos, la nulidad como excepción es imprescriptible". BRENES, op. cit., supra 56. p.252

V. Las acertadas observaciones de BAUDRIT, Diego, La temporalidad de la acción de nulidad absoluta y la perpetuidad de la excepción, Revista Judicial, N-25 , p. 19 y ss, que atenúan lo expuesto, V. tamb. JINESTA, Ernesto, La simulación en el Derecho Privado, Ilanud, San José, 1990.

e- *Los efectos de la sentencia de nulidad*

Se sostiene que la sentencia que decreta la nulidad es declarativa y no constitutiva como en el caso del negocio anulable.²⁵⁹ El carácter declarativo de la sentencia se fundamenta en que con ella simplemente se constata la invalidez existente.²⁶⁰

La nulidad es un vicio tan grave que determina la insubsistencia del acto "como si jamás hubiese existido, de lo que deriva su incapacidad para la producción de efectos jurídicos".²⁶¹

Las consecuencias que derivan de la nulidad pueden esquematizarse en dos categorías según que el acto no haya llegado a ejecutarse o haya sido ejecutado.

Si el acto no ha llegado a ejecutarse la situación es muy simple: el resultado de la declaración de nulidad será que, en adelante, no podrá exigirse su cumplimiento.

Si el acto ha sido ejecutado las partes quedan obligadas a restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud del acto invalidado.²⁶²

En relación con terceros también los efectos quedan sin ningún valor, con base en la regla tradicional de que nadie puede transmitir más de lo que tiene,²⁶³ con las salvedades respectivas en tema de Registro Público y prescripción.

f- *La conversión del negocio nulo*

Con base en el principio de conservación se admite la conversión del negocio nulo (lo mismo que se admite, como hemos visto, la invalidez parcial).²⁶⁴ Con la finalidad de evitar la ineficacia radical de un contrato, procede en ciertos casos otorgarle una calificación distinta, para la cual el contrato sí reúne los requisitos necesarios, cuyos efectos den satisfacción al objetivo práctico (interés de los contratantes). A este remedio se denomina "conversión".²⁶⁵

Se ha criticado la denominación pues no se trata de que un contrato que era inválido se convierta en válido, por un hecho posterior, sino que, "ab initio", se le otorga una calificación corregida que le salva de la invalidez y le otorga otros efectos (en general más limitados o más débiles).²⁶⁶

Puede definirse (con Betti) como una corrección de la calificación jurídica del negocio, o sea, estimarlo como negocio de tipo distinto de aquel que fue celebrado.²⁶⁷

Donde la conversión se admite se establecen algunos requisitos: uno objetivo y otro subjetivo: "es necesario, en primer lugar, que el negocio nulo tenga todos los requisitos de forma y sustancia requeridos para que se tenga un acto diverso del concluido...se requiere, además, que tomando en consideración la finalidad perseguida por las partes, se deba admitir que el segundo ne-

259. V. MESSINEO, op. cit. supra 56, p. 616, DIEZ PICAZO, opo. cit., supra 34, p. 302.

260. V. STOLFI, op.c it., supra 37, p. 67.

261. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 245. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 244.

262. SALVAT, op. cit. supra 54, p. 1027. V. tamb. BORDA, op.cit., supra 56, p. 413: "El fundamento de la restitución es la subsistencia del derecho preexistente al acto nulo". V. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 244.

263. V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1030.

264. V. RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 312.

265. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 308. V. tamb. TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 243, BRANCA, op. cit. supra 158, p. 91. VENZI, op. cit., supra 158, p. 169, BARASSI, op. cit., supra 139, p. 160.

266. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 308.

267. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 375.

gocio haya sido querido por ellas si hubieran conocido la invalidez del primero".²⁶⁸

La conversión ha sido fundamentada en diversas formas:

Desde un punto de vista voluntarista (real-subjetivo) se ha sostenido que "si en un negocio jurídico nulo se dan los requisitos de otros diferentes, se tiene por celebrado éste cuando pueda admitirse que las partes lo hubieran celebrado de conocer la nulidad."²⁶⁹

De conformidad con las nuevas tendencias real-objetivas, se ha explicado como una integración del negocio dentro de la órbita del interés práctico perseguido por las partes, en el sentido de poder servir, al menos en forma aproximada a su satisfacción.²⁷⁰ La integración contractual mediante conversión puede admitirse en nuestro ordenamiento de conformidad con la disposición del artículo 1023 del Código Civil según el cual los contratos obligan a consecuencias de *equidad*, con fundamento en el principio de *conveniencia* del efecto al hecho.²⁷¹

Una manifestación de estos postulados ha sido reconocida en nuestra jurisprudencia donde se afirma que el documento donde consta un contrato nulo, aunque ineficaz para comprobar el negocio, puede servir para *otros fines* probatorios.²⁷²

c- La anulabilidad

Se considera anulable el negocio jurídico cuando se encuentra viciado en uno de sus elementos esenciales o en uno de los presupuestos necesarios para su constitución. Ella ha sido vista como algo intermedio ante los actos válidos ("qui habent sua essentialia") y los nulos ("qui deficiunt suis essentialibus"). A diferencia de los primeros, puede ser impugnado; a diferencia de los segundos *existe desde el origen y produce sus efectos*.²⁷³ Para otros "es la nulidad sanable mediante un sucesivo acto".²⁷⁴

De lo dicho se derivan *algunas reglas de importancia* que sirven para delimitar mejor la operatividad de este remedio:

"La primera es que la anulabilidad no puede ser tácita o virtual, sino que debe ser expresa, en el sentido de que opera solamente en los casos previstos y solamente por las causas determinadas por la ley, sin lo que el destino del negocio dependería del arbitrio de una de las partes.

268. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 74. En términos análogos CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 95, p. 377.

269. VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

270. BETTI, op. cit., supra 35, p. 375.

271. FALZEA, Angelo, Efficacia Giuridica, Voci...op. cit., supra 25, p. 244 y ss.

272. "...si lo único que falta es la firma del comprador en un contrato de compraventa -por ejemplo-, lo que podrá asegurarse es que la escritura es ineficaz en relación a esa persona -para comprobar por sí sola el convenio-, más no absolutamente nula en todo su contenido, pues nada se opone a que valga como prueba auténtica de lo que el vendedor declaró en presencia del Notario y en ese carácter puede complementarse por otros medios, de acuerdo con las reglas generales de la prueba". SALA DE CASACION, No. 83 de 15 y 45 hrs. del 15 de julio de 1970. Tamb.: "...si en el traspaso efectuado...se dan las condiciones exigidas por la ley para la donación, bien pudo haber sido que se propusiera beneficiar con una donación disimulada a los parientes que con ella convivieron..."SALA PRIMERA CIVIL, 9 y 10 hrs. del 17 de marzo de 1972.

273. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 76, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 245.

274. Así CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 336. V. tamb. TRABUCCHI, op. cit., supra 1. p. 196 y BRANCA, op. cit., supra 155, p. 94, VENZI, op. cit., supra 155, p. 165, ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 143.

La segunda es que la anulación es un medio de personas determinadas y por motivos que no tienen nada de absoluto; el negocio no es atacable por otros.

La tercera es que la anulación no se verifica "ipso iure", sino "officio iudicis", por lo que supone una acción, que por su naturaleza es prescriptible.

La cuarta es que el interesado puede renunciar a la impugnación, confirmando el acto..."²⁷⁵

De conformidad con estas reglas se establecen diversas disposiciones específicas sobre la precariedad de la eficacia del negocio anulable, la legitimación activa, la convalidación, la prescripción y los efectos de la sentencia que la decreta.

Históricamente tiene su origen en la "restitutio in integrum" del Derecho pretorio para privar de efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el viejo "ius civile".²⁷⁶

El fundamento de la misma no se encuentra en una razón estrictamente lógica derivada de la estructura del acto, sino, más bien en razones de oportunidad *practica* apreciables desde el punto de vista político-legislativo.²⁷⁷

Los casos de anulabilidad en nuestro Derecho Privado se encuentran previstos en el artículo 836 del Código Civil; debe aclararse, desde ahora, que en la formulación de este texto se encuentran dos *imprecisiones técnicas* de importancia: se habla de "nulidad relativa" y no de "anulabilidad";²⁷⁸ aunque a menudo estos dos conceptos se confunden existen diferencias relevantes que serán oportunamente aclaradas; por otra parte, se habla de acción para *rescindir*", siendo la rescisión un remedio diverso de la invalidez, como también será aclarado. Según el texto citado: "Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: 1.- Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular. 2.- Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y 3- Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces". Las hipótesis de los incisos 1 y 3 del referido artículo han sido aclaradas en el sentido de que "para que el negocio no sea anulable, es necesario que provenga de sujeto dotado de capacidad de entender y de querer y de la voluntad, o sea, que esta última no esté influenciada, en su formación, por elementos perturbadores".²⁷⁹

1. Los caracteres de la anulabilidad

Hemos visto que la anulabilidad "es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto -por lo general una de las partes del contrato-, de manera que únicamente él puede alegarla, y así mismo puede optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación",²⁸⁰ y que se trata de actos que presentando todas sus condiciones de existencia tienen vicios o falta de presupuestos como vemos que ocurre, por ejemplo, con respecto a los actos otorgados por sujetos incapaces y en los casos de error, dolo o violencia. Los caracteres de la anulabilidad pueden resumirse así:

275. STOLFI, op. cit., supra 37, p.77.

276. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 281.

277. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 60

278. En doctrina se confunde también, a menudo, la terminología; así Camelutti expresa: "Hay, por otra parte, una nulidad, en cambio, relativa o reparable o sanable..."CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 335 V. tamb. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 63.

279. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 555 y 556.

280. LA CRUZ, op. cit. supra 36, op. cit. supra 36, p. 281 TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 246.

1. Puede hacerse valer solamente por un sujeto determinado; el derecho de invocarla sólo corresponde a la persona en cuyo favor ha sido establecida.²⁸¹
2. Los actos anulables pueden ser subsanados (mediante convalidación o prescripción).²⁸²
3. El acto anulable produce sus efectos mientras no se dé la declaración judicial.²⁸³
4. La anulación se produce mediante una sentencia constitutiva.

Todos estos caracteres se encuentran en el artículo 838 del Código Civil, según el cual tal nulidad (léase "anulabilidad") no es declarable de oficio, sólo puede alegarse por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes o por sus herederos, cesionarios o representantes, puede subsanarse por la confirmación o ratificación del interesado o interesados "y por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria".²⁸⁴

2. Las hipótesis de anulabilidad

Los casos de anulabilidad pueden reducirse a tres categorías.²⁸⁵

- a- por incapacidad de actuar del sujeto cuando ésta es relativa (artículo 836, inciso 3 del Código Civil) o bien por incapacidad natural.²⁸⁶
- b- por deficiencia de requisitos legales exigidos en interés de las partes (artículo 836, inciso 2).
- c- por vicios del consentimiento (violencia, error, dolo) (artículo 1015 a 1021 del Código Civil, en relación con el 836 inciso 1 del mismo cuerpo legal).²⁸⁷

En relación con a esta tercera hipótesis es interesante realizar algunas consideraciones: para que un negocio jurídico sea válido es necesario que la voluntad se forme libremente, esto es, que no se encuentre afectada por factores que alteren la intención de las partes. Es por ello que cuando en un negocio encontramos error, violencia²⁸⁸ o dolo estamos frente a un negocio viciado, concretamente anulable a instancia del perjudicado, por tratarse de un hecho que sólo a él afecta y porque él es el único que puede decidir si reclama la invalidez o mantiene el acto irregular.²⁸⁹

281. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 350 y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010.

282. V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1010.

283. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 350.

284. Sobre el tema v. BARCELLONA, *Errore*, Enciclopedia del diritto. Vol XV, Giuffrè-ed. Milano, 1966, p. 252. TRIMARCHI, *Invalidità della deliberazioni d'assemblea*, Milano, 1958, ps 46, ps y ss. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 241 y ss.

285. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 246.

286. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113 y MESSINEO, op. cit. supra 56, ps 619 y 620.

287. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 620.

288. Conviene incluir aquí las acertadas críticas del profesor CERTAD sobre la previsión legislativa de la anulabilidad para el caso de violencia física: "La violencia física en cuanto excluye o suprime la voluntad es una hipótesis de falta de ésta: falta de voluntad de la manifestación. El negocio concertado mediante el concurso de una tal violencia debe por ello, y en buena técnica, ser absolutamente nulo, pero, inexplicablemente, sin yo saber ni sospechar siquiera las razones que nuestro legislador tuvo, el Código Civil en su artículo 1017 lo sanciona con la nulidad relativa" (anulabilidad). CERTAD, Gastón, *La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense*. Revista Judicial. No. 2, diciembre 1976, pág. 25.

289. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 317.

En los casos de vicios de la voluntad, como el error,²⁹⁰ el dolo²⁹¹ y la violencia²⁹², la ley considera que la voluntad de realizar el acto ha existido, pero por estar viciada se concede a la parte interesada la posibilidad de reclamar su anulación.²⁹³ Estas declaraciones de voluntad viciadas no hacen nulo el negocio, sino solamente anulable. El negocio despliega su eficacia, pero los efectos están amenazados por la posibilidad de que quien sufrió el vicio lo haga valer.²⁹⁴

Nuestra jurisprudencia ha admitido que para la demostración el dolo y del error sustancial puede usarse la prueba indiciaria.²⁹⁵

3. La eficacia precaria del negocio anulable

De conformidad con lo visto, anulable es el negocio que mediante la reacción de la parte interesada puede ser removido. "La nulidad surge como efecto de la sentencia, cuando un interesado tome la iniciativa de hacerla pronunciar por el Juez como consecuencia de los vicios que el negocio afectan".²⁹⁶

Se ha dicho que la anulabilidad es una ineficacia (utilizándose este término en sentido amplio) estructural y provocada que por consentimiento de los interesados puede ser mantenida o sa-

290. Formulación también de origen romano: "Nulla voluntas errantis est". la voluntad del que yerra es nula. POMPONIO, Lib. XXXIX, tit. III. L. 20 DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 97. Nuestra jurisprudencia ha manifestado: "El error sustancial que sufra el adquirente de una cosa, es causa de anulabilidad del contrato, independientemente del dolo en que haya incurrido el vendedor". SALA DE CASACION, Nº 36, I sem. II tomo, p. 637, 1960.
291. Ha aclarado nuestra jurisprudencia: "El dolo vicia el consentimiento cuando es obra de alguna de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato". SALA DE CASACION 14 y 50 hrs. del 1 de diciembre de 1943.
292. Con relación a la violencia ha afirmado nuestra jurisprudencia: "La fuerza y el miedo lo considera la ley como vicios del consentimiento que hacen anulable el contrato, pero no lo vician de nulidad absoluta y esa nulidad relativa (léase "anulabilidad") queda sanada por el transcurso de cuatro años". SALA DE CASACION, 10 y 20 hrs del 10 de diciembre de 1940.
293. V. SALVAT, op. cit., supra 54, ps. 847 y 875.
294. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 38. "...los vicios de la voluntad no hacen que el acto sea nulo, sino que dan lugar a su anulación a petición de parte; en una palabra el acto es anulable. Esta doctrina se justifica perfectamente; aún viciada por el error, el dolo o la simulación, la voluntad de realizar el acto ha existido y, por consiguiente, éste debe ser considerado provisionalmente válido; pero como esta voluntad está viciada...la parte que ha sufrido el vicio podría indebidamente perjudicarse, las leyes le dan el derecho de hacer anular el acto; de este modo se concilian el interés del crédito que exige en principio la estabilidad de las transacciones y el interés o mejor dicho, las exigencias de la justicia, que no podría amparar y mantener en absoluto actos viciados". SALVAT, op. cit. supra 54, ps 876 y 877.
295. "Tanto el dolo, —que advierte el artículo 1020 del Código Civil, no se presume—, como el error sustancial, que vician el consentimiento en los contratos, son procesos psíquicos, de carácter subjetivo que deben deducirse de un cúmulo de indicios, es difícil y podría decirse imposible que la fuerza subjetiva moral la intención maliciosa de un contratante, lo mismo que el error sufrido por uno de ellos en cuanto a la substancia de la cosa objeto del convenio, pueda demostrarse con prueba directa, por operarse estos fenómenos en la mente de los individuos. Los jueces o para llegar al convencimiento de que el dolo o el error se a producido, tienen que plantearse un silogismo, en que hacen de premisas los diferentes datos que suministra el proceso, de las cuales derivan sus conclusiones: estas pueden ser ilegales si la prueba indiciaria no es pertinente para el caso, o pueden ser falsas si existe vicio en el razonamiento ya por una equivocación en el examen de la fuente productora de los indicios, o porque las deducciones que hagan los jueces con base en los mismos sean ilógicas o arbitrarias..." SALA DE CASACION. No. 36 de 14 y 45 hrs. del 19 de abril de 1960. sem. I. tomo II, p. 757.
296. V. BETTI, op.cit., supra 35, p. 353 TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 246.

nada. Se califica de "ineficaz" porque se aplica como consecuencia de un vicio o defecto en la formación del negocio y "provocada" por cuanto "la anulabilidad supone un contrato que "ab initio" ha nacido eficaz".²⁹⁷

La eficacia precaria²⁹⁸ del negocio anulable no puede calificarse de "validez" como hacen algunos autores "como si el vicio no existiese antes de la invalidación".²⁹⁹

La anulabilidad no impide que el negocio produzca sus efectos. Ellos se constituyen y se mantienen hasta que ocurra la anulación; si ésta no ocurre persisten los efectos.³⁰⁰

En síntesis, el negocio anulable produce sus efectos desde el momento en que es celebrado (o bien a partir del momento en que las partes han determinado la plenitud y actualidad del interés, como en las hipótesis de condición suspensiva y término inicial) como cualquier negocio normal.³⁰¹ Esta eficacia cesa con la anulación y se mantiene si la anulabilidad no se hace valer.³⁰²

Así lo ha reconocido acertadamente nuestra jurisprudencia: "el contrato produce cuantos efectos le corresponderían como válido, sin consideración alguna a los vicios de que adolece. La anulabilidad consiste en que produce todos sus efectos mientras no sea anulado";³⁰³ "aunque un contrato sea nulo produce todos sus efectos mientras tal nulidad no sea sometida por acción o excepción a tribunal competente", se ha dicho también, extendiéndose aparentemente a la forma más grave de invalidez el carácter de "precariedad de eficacia";³⁰⁴ eliminada en nuestra jurisprudencia —como se ha visto— la declarabilidad de oficio es razonable la afirmación citada, máxime si se toma en cuenta el efecto restitutorio común a las dos formas de invalidez (nulidad y anulabilidad).

La iniciativa de pedir la anulación es un poder cuyo titular puede ejercitar por vía de acción o de excepción (artículos 837, 841 y 843 del Código Civil), según que el interesado asuma la iniciativa procesal o se defienda de una acción tendiente a exigir la eficacia del negocio anulable.³⁰⁵

4. Caracterización teórico-práctica de la anulabilidad

a- *La acción de anulación*

La acción de anulación puede definirse como un medio jurídico puesto a disposición de ciertas personas para la tutela de sus específicos intereses jurídicos, dejándose a ellas la decisión-

297. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 306.

298. "...ya la falta del requisito de validez, en cuanto constituye la base para la posible impugnación atribuye a la situación efectual, desde el momento en que esta adquiere existencia, un carácter de precariedad, derivado de la amenaza de resolución que pesa sobre ella". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 244.

299. CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 336.

300. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113.

301. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 203 quien no distingue lo aclarado en el paréntesis.

302. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 395 y MESSINEO, vol. I. op. cit., supra 56, p. 624.

303. SALA DE CASACION, No. 83 de 15 hrs del 30 de julio de 1953, sem. II. tomo II, p. 150.

304. SALA DE CASACION, No. 95 de 10 hrs del 2 de setiembre de 1953, sem. II. tomo I. p. 333.

305. V. BETTI, op. cit. supra 35, p. 354. "Quienes sostienen el poder de impugnación como derecho protestativo o de configuración jurídica señalan que el contrato anulable es eficaz, con eficacia precaria, provisional o claudicante, pero de modo que queda borrada "ex tunc", con retroactividad real, cuando se ejercita aquel derecho". LA CRUZ, op. cit. supra 36, p. 293.

final en cuanto a si el negocio será válido o inválido.³⁰⁶

Para algunos tiene carácter constitutivo;³⁰⁷ ello puede entenderse si se observa que el supuesto de hecho de la anulación se perfecciona hasta el momento en que el interesado revela su intención de que se decrete la invalidez. La declaración judicial de anulación no puede ser dictada sino después de una demanda del interesado; no podría ser pronunciada de oficio (artículo 838 Código Civil, en el que, sin embargo se habla de "nulidad" y no de "anulabilidad").³⁰⁸ Por paralelas razones, según la tesis jurisprudencial costarricense de la no declarabilidad de oficio de la nulidad, ésta también debería considerarse constitutiva (extintiva de los efectos precarios).

En síntesis, el hecho del que surge el efecto de la anulación, aún concentrándose en el acto de impugnación, tiene como presupuesto un vicio en la composición estructural del negocio jurídico. Este vicio, sin embargo, no opera solo: el ordenamiento otorga a uno o más sujetos determinados (anulabilidad relativa) o a todos los interesados (anulabilidad absoluta) la facultad de pedir la anulación con la que se tiende a resolver los efectos producidos y a excluir definitivamente los efectos eventualmente suspendidos.³⁰⁹ El fundamento de esta atribución en la anulabilidad relativa (o normal) se encuentra en la causa misma de la invalidez ya que ésta refleja la esfera de intereses de uno de los contratantes al cual se atribuye el poder referido.³¹⁰ Establece el artículo 838 del Código Civil que la nulidad (léase "anulabilidad") relativa no puede alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la han establecido las leyes, o por sus herederos, cesionarios o representantes;³¹¹ así, en la anulabilidad relativa derivada de vicios del consentimiento la legitimación para la acción corresponde a la persona que sufrió dicho vicio³¹² y en la derivada de incapacidad la legitimación correspondiente al mismo incapaz cuando alcanza la capacidad de actuar (según el artículo 841 del Código Civil).³¹³ En síntesis "se excluye por tanto a los terceros en general. Sólo los vinculados por el contrato pueden pedir su anulación y de ellos, sólo aquel a quien afecta la incapacidad o ha sufrido la intimidación, la violencia, el dolo o el error".³¹⁴ Es necesario el vicio o defecto estructural, por lo que no basta la simple existencia de un interés contrario a lo pactado.³¹⁵

306. V. en este sentido: DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 306, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 198.

307. "...la acción y la sentencia que la acoge deben calificarse como constitutivas..." LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 287, cit. "La acción de anulación (a diferencia de la acción de nulidad, la cual es la de constatación) es acción constitutiva". MESSINEO, I op. cit., supra 56, p. 620.

308. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 622.

309. V. FALZEA, op. cit., supra 36, ps. 319 y 320.

310. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 3, p. 249.

311. "...constituye una medida de protección a favor de determinadas personas. la ley hace las dos aplicaciones de este principio: 1) en el caso de falta de capacidad, la persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto, fundándose en la incapacidad de la otra parte; 2) en el caso de vicios de la voluntad, tampoco puede pedirla, por razón de violencia, intimidación o dolo, el mismo que lo causó, ni por el error de la otra parte el que lo ocasionó". SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1022.

312. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 204 DIEZ PICAZO, op. cit., 34, p. 307, CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 352.

313. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 307.

314. V. GULLON, op. cit. supra 149, p. 204.

315. "En tratándose de una permuta de fincas que el notario llevó a cabo mediante dos ventas separadas, si una de las partes consideró después perjudicial la negociación por la diferencia en la naturaleza, en situación y en el valor de los inmuebles, ello no es motivo para anular los contratos celebrados". SALA PRIMERA CIVIL, No. 9, de 9 y 10 hrs. del 11 de enero de 1974.

Como se ha adelantado ya "nulidad relativa" y "anulabilidad" no son conceptos coincidentes. Teóricamente la absolutez o relatividad pueden referirse tanto a la nulidad como a la anulabilidad. Esta confusión ha sido observada por la doctrina; Salvat, por ejemplo sostiene: "Sin tener en cuenta la distinción e independencia entre las dos clasificaciones analizadas, algunos autores y fallos de los tribunales nos hablan frecuentemente de actos nulos o con nulidad absoluta y de actos anulables o con nulidad relativa, como si se tratase de términos correlativos y sinónimos".³¹⁶ Análogamente afirma Cariota Ferrara: "...El criterio de distinción está fundado en la pertenencia de la acción a todos los interesados o sólo a determinadas personas...impropiamente algunos suelen denominar 'nulidad relativa' a la 'anulabilidad' ".³¹⁷

Para la doctrina más autorizada, en cambio, se distingue una anulabilidad relativa, que puede ser hecha valer solamente por determinadas personas que la ley indica, de una anulabilidad absoluta (que es la excepción) que puede ser hecha valer por cualquier interesado.³¹⁸

La anulabilidad en su forma normal es relativa; esto es, la acción puede ser planteada sólo por ciertas personas (en los contratos normalmente una de las partes). Junto a este tipo normal o común se admite una forma de anulabilidad excepcional que es la anulabilidad absoluta, esto es, una anulabilidad (absoluta) que puede ser reclamada por cualquier persona que tenga un interés.³¹⁹

La posibilidad de la absolutez en la anulabilidad se explica en cuanto a pesar de que la acción de anulación sea experimentada por cualquier interesado, el negocio, puede producir igualmente sus efectos antes de la sentencia de anulación; la absolutez de la acción en el sentido subjetivo, esto es, en el sentido de su pertenencia a todos, no conlleva que deba por ello ser acción de mera constatación o declaración.³²⁰

La anulabilidad, sin embargo, normalmente, es relativa, como ocurre respecto a los actos patrimoniales entre vivos realizados por algunos incapaces de actuar o por quien transitoriamente se encuentre en estado de incapacidad natural³²¹ y a los actos viciados por error (artículo 1015 del Código Civil) fuerza o miedo grave (artículo 1017 del Código Civil) y dolo cuando es obra de una de las partes y es determinante (artículo 1020 del Código Civil).

b- La convalidación de los actos anulables

El negocio meramente anulable, a diferencia del negocio nulo, puede ser convalidado por el mismo sujeto a quien corresponde el poder de invalidarlo.³²² Ha sido sostenido que ella es "el fenómeno por el cual las partes quedan vinculadas por un contrato originariamente inválido, en virtud de un hecho posterior."³²³

316. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1025.

317. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 338.

318. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 113. "...es bueno distinguir con el adjetivo "absoluta" aquella figura excepcional o normal de anulabilidad donde la acción corresponde a cualquier interesado". CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 353.

319. V. CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 95, p. 362.

320. Así CARIOTA FERRARA, op. cit. supra 95, p. 363. BETTI, op. cit., supra 35, ps 360 y 361.

321. Sobre este concepto v. PEREZ, op. cit., supra 52, p. 46.

322. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps 620 y 621, BONET, op. cit., supra 173 p. 731. BRANCA, op. cit. supra 158, p. 94, VENZI, op. cit. supra 158, p. 167.

323. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 305. TORRENTE, op. cit. supra 42, p. 248, BARASSI, op. cit., supra 139, p. 159, ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 145.

Ya los romanos sostuvieron que el acto que puede anularse puede también confirmarse.³²⁴ Se ha considerado que la convalidación opera como una especie de renuncia al derecho de obtener la anulación.³²⁵ No se trata de que con ella se elimina el vicio; lo que se elimina son los efectos del vicio, mediante una conducta simbólica o significativa, con la cual se manifiesta el interés de mantener el negocio.

Para otros, en cambio, "la confirmación es susceptible de concebirse desde un punto de vista negativo y positivo. Negativo, en tanto que el sujeto o parte del negocio que confirma, renuncia, en realidad, al ejercicio de la acción de anulabilidad del mismo. Positivo, porque con ello reconoce como inatacable la situación jurídica de la otra parte".³²⁶

En relación con el problema de la naturaleza jurídica de la convalidación se ha dicho que se trata de un acto unilateral receptivo, válido sin necesidad de aceptación.³²⁷ Se ha afirmado también su carácter negocial con base en que exige una manifestación externa de una voluntad dirigida a mantener el negocio.³²⁸ Ello es discutible por cuanto parece faltar aquí la programación de intereses.³²⁹ El carácter unilateral sí es claro; tanto si el negocio o acto convalidado era unilateral como si era bilateral.³³⁰ El carácter negocial de la convalidación deriva, en última instancia del concepto que se tenga de negocio jurídico: si se concibe éste como manifestación de voluntad habría que admitirlo; si se concibe como programación de intereses surgen múltiples interrogantes porque es la ley la que determina íntegramente la eficacia de la confirmación o convalidación.

De conformidad con el artículo 840 del Código el comportamiento "convalidante" debe ser válido y para ello, aunque la convalidación sea un acto (o negocio) distinto, por naturaleza y función, de aquel negocio que se quiere convalidar, se requieren las condiciones subjetivas de capacidad y legitimación que se exigen en el negocio convalidado; esto se explica "con la consideración de que, en concreto, la convalidación proporciona al negocio convalidado eficacia normal y definitiva".³³¹

La convalidación es una facultad que se otorga en función de los intereses de una de las partes del contrato; es por ello que se deja a ésta la decisión relativa a su ejercicio.³³² "Para que la "ratificación" (léase "convalidación") expresa o tácita sea eficaz es necesario que se haga por quien tiene derecho de pedir la "rescisión" (léase "anulación")" (artículo 840 del Código Civil). En síntesis, quien puede hacer anular un contrato, puede también darle validez.³³³

Existen dos tipos de convalidación: expresa y tácita. El artículo 839 del Código Civil recoge esta distinción al señalar que "*La ratificación (léase convalidación) necesaria para subsanar la nulidad (léase anulabilidad) relativa puede ser expresa o tácita*". En otros Códigos la "convalida-

324. "Actus ab initio nullus non potest validari validus autem, qui potest annullari, poterit etiam confirmari". No cabe convalidar el acto nulo en su origen; sin embargo el válido que puede anularse puede también confirmarse. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 66.

325. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.

326. GULLON, op. cit., supra 149, p. 206.

327. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.

328. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 83.

329. V. la bibliografía citada en nota 210.

330. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 354.

331. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 354.

332. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 309.

333. V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 753.

ción "solo es eficaz si contiene la sustancia de la misma obligación, la mención del motivo que la hacía viciosa y la declaración de la intención de reparar el vicio sobre el cual la acción de anulación se sustentaba".³³⁴

Convalidación expresa es la que menciona el objeto, razones y voluntad de la convalidación,³³⁵ mientras que la tácita se produce cuando aquel a quien corresponde la acción de anulación voluntaria ejecución al negocio, "conociendo el motivo de la anulabilidad" –se ha especificado–.³³⁶ Según otros Códigos hay confirmación tácita cuando se ejecuta un acto que implica necesariamente la voluntad de renuncia. Esta disposición ha sido criticada en los siguientes términos: "...parece que la confirmación tácita no debe fundarse en una voluntad que ha de ser inducida a través del acto, sino entenderse producida objetivamente, por virtud de la regla que consagra la inadmisibilidad de contradecir el sentido de la propia conducta (*venire contra factum proprium*)".³³⁷ Betti aclara que se produce a través de una conducta concluyente incompatible con el propósito de promover la anulación, es decir, mediante la ejecución voluntaria del negocio, realizada con conocimiento del motivo de anulabilidad.³³⁸ Sobre el tema la tradición ha formulado el principio de que "no puede pedir la nulidad de un acto (léase anulabilidad de un acto) la misma parte que lo ejecutó".³³⁹

Con respecto a ambas formas de convalidación se discute en doctrina si hay o no eficacia retroactiva. Algunos ordenamientos (por ejemplo el argentino) establecen que "la confirmación tiene efecto retroactivo".³⁴⁰ Para algunos autores, sin embargo, la afirmación de la eficacia retroactiva de la convalidación no es una tesis correcta, pues ella no atribuye para el pasado efectos que el negocio no tenía,³⁴¹ sino que se limita a eliminar la posibilidad de que tales efectos puedan ser desconocidos o destruidos mediante acción judicial: "por ello no se debe hablar de retroactividad en sentido técnico, sino simplemente de renuncia a la acción que, por la eficacia retroactiva de la sentencia, haría desaparecer "in praeteritum" los efectos del negocio ya verificado".³⁴²

c- Anulabilidad y prescripción

El contrato anulable, como se ha visto deja en manos de una de las partes la posibilidad de desvincularse. Sin embargo, si quien tiene esta posibilidad no hace valer la causa de anulación, el contrato puede llegar a ser plenamente eficaz.³⁴³ Existe un plazo para que la acción sea planteada; se discute si se trata de una prescripción o de una caducidad. Según algunos, el

334. V. DIEZ PICAZO, op.cit.,supra 34, p. 310.

335. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621. FRANCESCHELLI, op. cit. supra 57, y SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1038, V. TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 197, BONET, op. cit., supra 173, p.731.

336. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 253.

337. Por ejemplo el artículo 1311 del Código Civil español. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 310.

338. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 367.

339. CABANELLAS, op.cit., supra 76, p. 147.

340. V. SALVAT, op. cit., supra 54, p. 1043.

341. Sobre la base del aforismo latino "Confirmatio non dat jura, sed ea, quae sunt, stabilit". La confirmación no da derechos, pero consolida los existentes. Aforismos latinos, CABANELLAS, op.cit., supra 76, p. 75.

342. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 84.

343. V. LA CRUZ, op. cit. supra 36, p. 282, BONET, op. cit., supra 173, p. 732.

negocio anulable puede convalidarse por prescripción del derecho a la anulación;³⁴⁴ nuestro Código Civil (artículos 841 y 842) habla de "prescripción". Se sostiene, sin embargo, que se trata más bien de un plazo de caducidad, no susceptible de interrupciones.³⁴⁵ Compartimos esta segunda tesis por cuanto: a) la inactividad en la prescripción es genérica y en la caducidad específica y aquí encontramos frente a la concreta acción de anulación y no frente a cualquier otra gestión judicial o extrajudicial, b) en la prescripción existe un término susceptible de reproducciones y ampliaciones (mediante la interrupción y la suspensión, respectivamente), mientras que en la caducidad el término es rígido.³⁴⁶

Cumplido el término la anulabilidad ya no puede plantearse por vía de acción. Sin embargo, la excepción o defensa puede oponerse siempre que la otra parte quiera realizar las situaciones jurídicas derivadas del negocio anulable. De conformidad con nuestro Código Civil "la nulidad (léase "invalidez") ya sea absoluta o relativa (léase "nulidad o anulabilidad") puede oponerse siempre como excepción".³⁴⁷ "Se sustrae a la prescripción la excepción de anulación que sea opuesta por el sujeto convenido para la ejecución del negocio".³⁴⁸

El plazo de caducidad referido tiene como momento inicial:

- en caso de violencia, cuando esta haya cesado
- en caso de que derive de incapacidad de actuar, desde el momento en que tenga conocimiento el representante legal y a falta de éste apartir de la adquisición de la capacidad de actuar.
- en otros casos, desde el día de la conclusión el contrato (artículo 841 del Código Civil).³⁴⁹

d- *Los efectos de la sentencia de anulación*

En materia de negocio nulo se considera que la sentencia tiene efecto declarativo. Con relación al negocio anulable, en cambio, se afirma su carácter constitutivo. Este carácter constitutivo (innovativo)³⁵⁰ se fundamenta en que el negocio de "anulable" pasa a "nada", "si se quiere la sentencia puede ubicarse entre las constitutivas llamadas "resolutivas", porque reduce a nada el negocio y destruye sus efectos",³⁵¹ cancela los efectos ya producidos (opera "ex tunc" y no "ex nunc") como si no hubiera sido nunca eficaz el negocio.³⁵² "En las relaciones entre las partes la máxima implica que todo debe remitirse al estado en que se encontraba antes de la formación el acto".³⁵³ Es en este mismo sentido que se afirma que tiene efectos restitutorios, ya que ha de volverse a la misma situación que había antes de la celebración del negocio.³⁵⁴

344. Así CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 357.

345. Así DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308.

346. V. PEREZ, Víctor. *La prescripción negativa y la caducidad en el Derecho Civil costarricense*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 24, San José, p. 382.

347. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308 y BETTI, op. cit., supra 35, p. 356.

348. RESCIGNO, op. cit., supra 152, p. 311, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 199.

349. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 355. LA CRUZ, op. cit. supra 36, p. 288. PLUGIATTI, op. cit., supra 53, p. 70.

350. V. FALZEA, op. cit., supra, 25, p. 326.

351. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 351.

352. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 351.

353. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 79. V. tamb. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 308

354. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 205.

Excepcionalmente se sostiene, sin embargo, que la anulación el acto por incapacidad natural o por vicios del consentimiento, o por otra causa, no opera frente a los terceros que demuestren adquisición de buena fe.³⁵⁵ Ello ocurre en las previsiones en tema de Registro y Prescripción.

II. LA INEFICACIA

1. La eficacia negocial

La eficacia negocial designa la actual investidura de un sujeto en una situación jurídica, positiva o negativa, como consecuencia de un negocio jurídico.³⁵⁶

El supuesto de hecho negocial para ser eficaz debe poseer todos los elementos marginales eventualmente requeridos.³⁵⁷ Cuando así ocurre el negocio despliega "actualmente" sus efectos con relación a las partes.³⁵⁸ Los efectos se resumen en la necesidad de comportarse imperiosamente en consonancia con lo estipulado. "Ha nacido para ese obligado una norma individual que mismo rigor de una ley le impone una conducta o un derecho determinados. Esta es la doctrina que contiene el artículo 1022 del Código Civil".³⁵⁹ Esta eficacia no se observa, en cambio, en las obligaciones naturales, salvo en la hipótesis de la "no repetición de lo pagado".³⁶⁰

Las vicisitudes relativas a la eficacia negocial son múltiples; ella puede estar suspendida, diferida o impedida; piénsese respectivamente en las hipótesis de una condición suspensiva, de un término inicial, de una autorización necesaria y no concedida todavía. Puede también sobrevenir la ineficacia de un negocio que había comenzado a producir sus efectos, como en el caso de la condición resolutoria y del receso de la relación".³⁶¹

355. V. STOLFI, op. cit., supra 37, p. 81.

356. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 40.

357. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 39.

358. "La disposición el artículo 1025 limitativa de los efectos del contrato a las partes y sin trascendencia a terceros, se contrae a la derivación de derechos o perjuicios del vínculo jurídico propiamente dicho, establecido entre los contratantes..."SALA DE CASACION, No. 71 de 11 hrs. de 20 de agosto de 1951, sem. II, tomo I, p. 930. "Salvo las excepciones de ley, los contratos, no producen efectos sino entre las partes contratantes; no perjudican a terceros así como no los favorecen". SALA DE CASACION, No. 88 de 16 hrs. del 7 de setiembre de 1955, sem. II, tomo I, . 475. "...el convenio habido entre X y Z tiene la condición de "res inter alios acta nec nocere nec prodesset potest", o en otros términos ni lo puede perjudicar ni le puede favorecer conforme al artículo 1025 del Código Civil, que cristaliza en regla de Derecho el mencionado principio". SALA DE CASACION, No. 109 de 14 y 45 hrs. del 22 de setiembre de 1961, sem. II, tomo I, p. 507.

359. SALA DE CASACION, No. 172 de 14 y 20 hrs. del 20 de noviembre de 1974. Sobre el tema en particular, V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 611.

360. V. BRENES, op. cit., supra 56, p. 32.

361. V. RESCIGNO, op. cit., supra 152, ps 73 y 310.

2. La ineficacia. Sentido amplio, sentido estricto. Originaria, sucesiva

En un sentido usual la idea de ineficacia denota la falta de efectos.³⁶²

Jurídicamente también significa "insuficiencia de un acto para producir efectos";³⁶³ con ella se designa la falta de producción de las consecuencias razonablemente esperadas en virtud de la celebración del negocio,³⁶⁴ por lo que determina en todo caso (por lo menos en modo provisional) una insatisfacción el interés programado. Puede considerarse como el resultado negativo del proceso de integración del interés negocial en el sistema.³⁶⁵ La existencia de ese interés (por sí jurídicamente relevante) representa la constante en las diversas formas de ineficacia; la variable depende del modo de constitución del interés y de las específicas situaciones de intereses que pueden interferir en su realización.³⁶⁶

Toda situación jurídica reposa sobre la existencia de un interés jurídicamente relevante. Toda situación jurídica, puede concebirse como un valor condicionado.³⁶⁷ En la ineficacia encontramos la pendencia o resolución del efecto en razón, precisamente, de la falta de atribución de un índice de valor (de posibilidad o de necesidad) a las conductas de las que depende la realización del interés negocial.³⁶⁸

La ineficacia se resume, pues, en que el Ordenamiento no pone a disposición de los sujetos los efectos capaces de garantizar la realización del interés programado; así, por ejemplo "...en caso de haber aplazado las partes la producción de efectos, el contrato comenzará a engendrarlos el día, fecha y hora estipulados";³⁶⁹ "cesada la incerteza o la suspensión, el negocio adquiere plena fuerza".³⁷⁰

La ineficacia se resume, en consecuencia, en que no nacen los efectos (o ese eliminan en forma sobreviniente) capaces de satisfacer el interés negocial. Ella puede ser originaria o sucesiva, según que el negocio no produzca desde su celebración los efectos (el testamento, condición suspensiva, por ejemplo) o que los regularmente producidos sean eliminados (resolución y revocación, por ejemplo).

La terminología de la doctrina sobre el tema abunda en imprecisiones, tanto que se hace necesario distinguir entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto.

En sentido amplio comprende toda falta de efectos, incluso aquella que deriva de un vicio que afecta la validez del negocio,³⁷¹ esto es, todas las hipótesis donde los efectos no se producen o están destinados a desaparecer sucesivamente³⁷² o, como se ha dicho "todos los casos en que el

362. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 284.

363. Así, CARNELUTTI, op. cit., supra 34, p. 284.

364. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 283.

365. "La ineficacia —se ha dicho— es el estado en que viene a encontrarse un acto ya relevante para el Derecho..." SCALISI, op. cit., supra 39, p. 330. No se habla de ineficacia con relación a los hechos y a los actos reales donde sólo es relevante la realización, pues en ellos no hay programación y simplemente se constata su existencia o inexistencia.

366. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 333.

367. V. FALZEA, op. cit., supra 25, ps. 207 y 208.

368. V. SCALISI, op. cit. supra 39, p. 331.

369. FULLER, op. cit., supra 1, p. 136.

370. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390.

371. V. SCALISI, op. cit. supra 39, p. 331.

372. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 3, p. 229.

ordenamiento incide sobre la producción de efectos".³⁷³ Dentro de esta (indiscriminada) denominación se incluyen los casos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia en sentido estricto originaria, impugnación o ineficacia sucesiva (rescisión y resolución) y revocación. La imprecisión de este uso amplio es evidente. Ha sido catalogada como "fuente de equívocos".³⁷⁴

En sentido estricto la ineficacia presupone un negocio relevante y válido, como tal potencialmente eficaz, por lo que es una calificación autónoma,³⁷⁵ diversa de la invalidez y diversa también de la irrelevancia.³⁷⁶

Para algunos los negocios ineficaces son negocios incompletos,³⁷⁷ donde todavía no concurren los requisitos necesarios (negocio a plazo o bajo condición, transmisión de propiedad mientras se inscribe en el Registro, negocio jurídico que se requiere la aquiescencia de una tercera persona hasta tanto ésta la ratifica). Otros no incluyen las figuras de impugnabilidad—casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente—dentro del concepto, con lo cual restringen demasiado su contenido.³⁷⁸

La ineficacia en sentido estricto comprende los casos de falta de producción originaria o sobreviniente de efectos. Originaria es la ineficacia cuando no se ha cerrado todavía el ciclo formativo el supuesto causal por la ausencia de un coelemento;³⁷⁹ sobreviniente es la que se produce cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia.³⁸⁰

"La ineficacia sucesiva es una vicisitud que incide sobre la situación efectual, después de que ésta ha surgido; debe reportarse en todo caso a una inidoneidad funcional del programa negocial por la incidencia de intereses externos incompatibles".³⁸¹

3. Ineficacia e irrelevancia

Como consecuencia de las imprecisiones doctrinarias respecto al contenido del término ineficacia, se ha incurrido en confusión con respecto al concepto de irrelevancia. Se trata, en realidad, de dos calificaciones jurídicas muy distintas: la irrelevancia denota la posición de indiferencia de un acto para el Derecho, pues, no habiéndose completado el supuesto mínimo, el Ordenamiento no interviene;³⁸² la ineficacia, en cambio, presupone la relevancia. "La expresión ineficacia posee sentido solamente respecto a un hecho dotado de peculiar relevancia..."³⁸³

373. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390.

374. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 624.

375. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, TORRENTE, op. cit. supra 42, p. 249.

376. "Técnicamente debe designarse como ineficaz el acto jurídico en que la falta de producción de efectos no deriva de un estado patológico del supuesto de hecho, sino de la actual falta de una concausa de eficacia, esto es, el acto jurídico meramente relevante". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 40.

377. Así VON THUR, op. cit. supra 148, p. 90.

378. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95 p. 389 y SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 3, p. 230.

379. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 53.

380. "Puede darse que el contrato inicialmente eficaz pierda sus efectos por un hecho sobreviniente" (condición resolutoria, revocación, etc.) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 258.

381. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 367.

382. "Jurídicamente se llama "relevante" a una situación de hecho concreto cuando esté constituida por todos los elementos requeridos por la norma para que el acto sea reconocido por el Derecho..." FALZEA, op. cit., supra 36, p. 26.

383. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 327.

La distinción reposa en la diferenciación entre hecho y efecto. Cuando estamos en una situación de ineficacia no se pone en duda la relevancia.³⁸⁴ "Los términos ineficacia e irrelevancia no están ligados por una relación e implicación necesaria por lo que no hay dificultad en admitir hechos relevantes pero ineficaces".³⁸⁵

Ineficacia e irrelevancia son respuestas que el Ordenamiento da a problemas claramente diferenciados. En la irrelevancia se valora estáticamente la correspondencia formal del programa negocial con el esquema normativo. En la ineficacia la valoración es dinámica;³⁸⁶ no se valora tanto una correspondencia formal como una idoneidad sustancial para la satisfacción de los intereses negociales.

La irrelevancia se distingue tanto de la ineficacia originaria como de la sobreviniente. La originaria presupone la relevancia; con respecto a la sobreviniente se ha dicho que la irrelevancia es un "no llegar" y que la ineficacia sobreviene es un "devolverse".³⁸⁷

La diferencia resulta clara si se piensa que la relevancia se configura como una potencialidad de eficacia; "designa la idoneidad del acto para provocar transformaciones... y se revela como eficacia potencial, distinguiéndose así de la eficacia actual, aunque ocurre a menudo que los dos momentos coinciden".³⁸⁸

4. Ineficacia pendiente e ineficacia definitiva

La distinción entre la ineficacia pendiente y la ineficacia definitiva, de conformidad con la metodología real-objetiva, encuentra su base en la específica consideración de los intereses en juego. Es necesario, pues, determinar su fundamento axiológico.

El fundamento axiológico unitario de la ineficacia pendiente se encuentra en dos exigencias (intereses): "remitir la realización del interés a un momento sucesivo respecto al de su constitución y asegurar al mismo tiempo la plenitud de satisfacción del interés cuya realización ha sido pospuesta".³⁸⁹ En estos casos basta esperar que el interés ya manifestado se complete o actualice, lo que ocurre con la identificación definitiva de los términos subjetivos u objetivos o con la definitiva exclusión de posibles intereses externos prevaecientes.³⁹⁰

La ineficacia pendiente se transforma en ineficacia definitiva (o definitiva exclusión de efectos) cuando se excluya del todo que los hechos de los que depende la identificación del objeto y del sujeto puedan producirse, como, por ejemplo, en la previsión del artículo 1057 del Código Civil, según la cual "*En caso de que las partes hayan convenido que el precio se fije por uno o más terceros, y estos se negaren a cumplir el encargo o no lo pudieren verificar, o no se conviniere, la venta se tendrá por no hecha*".

El acto definitivamente ineficaz se califica de acto jurídicamente "inútil". La "inutilidad", en doctrina, "designa la situación particular en que se encuentra el acto por la falta de verifica-

384. V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

385. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

386. V. SCALISI, op.cit., supra 39, p. 331.

387. Así CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 318.

388. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 27. "La simple relevancia jurídica del hecho se presenta, como se ha dicho, en la potencialidad reconocida por el Derecho de producir los efectos predispuestos. Precisamente porque conserva tal posibilidad y constituye todavía un instrumento válido para los sujetos que de él se ha valido para la satisfacción de sus intereses, el acto jurídico meramente relevante debe definirse al mismo tiempo como (todavía) jurídicamente útil". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 46.

389. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 341.

390. V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 339, TORRENTE, op. cit., supra 42 p. 249.

ción, en el momento prefijado, de una concausa de eficacia o por el sobrevenir de un evento absolutamente impeditivo en una figura de efectos pospuestos";³⁹¹ la inutilidad es, en síntesis, la ineficacia caracterizada por ser definitiva.

Para que pueda hablarse de "inutilidad" (o ineficacia definitiva) deben producirse dos circunstancias: "en primer lugar, un acto jurídico perfeccionado en sus elementos constitutivos y actualmente improductivo de los efectos jurídicos...y en segundo lugar, la falta de realización...del elemento marginal requerido por la norma o el sobrevenir de un hecho impeditivo que, obstaculizando el subentrar de las consecuencias jurídicas del acto, paraliza la potencialidad de efectos..."³⁹² También la ineficacia sobreviniente (resolución, revocación, etc.) puede producir "inutilidad", o ineficacia definitiva.

La diferencia entre la inutilidad y la irrelevancia (o inexistencia) se encuentra en que el acto inútil penetró en la esfera del Derecho y por ello presenta un ciclo definido de existencia (no así el acto irrelevante).³⁹³

Otro ejemplo que ilustra la inutilidad es el de la no verificación (deficiencia) de la condición suspensiva que excluye definitivamente la producción de las consecuencias jurídicas del negocio,³⁹⁴ que es un caso de impedimento de la eficacia.

5. Pendencia y expectativa

De conformidad con los postulados metodológicos real-objetivos, la actualidad de los intereses programados es el requisito indispensable para la eficacia jurídica negocial; mientras los intereses no se actualicen no se produce el efecto jurídico;³⁹⁵ se habla en estos casos de eficacia diferida o suspendida, o estado de pendencia.

Lo anterior ocurre debido a que es posible que el interés que las partes han programado no sea actual en el momento de la conclusión del negocio, sino que deba actualizarse cuando se verifiquen determinados hechos.³⁹⁶

A pesar de la falta de actualidad de interés programado a veces existen otros intereses preliminares (en función de las consecuencias jurídicas suspendidas); a ellos se liga el fenómeno de la "expectativa", especie de consecuencia preliminar; los efectos preliminares nos hacen ver que ya el Ordenamiento reconoce tutela a la situación; sobre estas bases es posible hablar de "relación de expectativa", donde el término activo es la expectativa y el término pasivo es la "obligación de respetarla".³⁹⁷

No siempre a la pendencia se acompaña la expectativa; no hay expectativa, por ejemplo, en los casos de "indeterminación subjetiva originaria" (por ejemplo en la donación a personas por nacer), pues en ellos faltando el sujeto destinatario no puede darse ninguna situación actual.

391. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 346.

392. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 48.

393. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 51.

394. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 177. "Considerando que el acto para el cual no se ha verificado en el momento prefijado el elemento accesorio del cual depende el nacimiento de la situación efectiva no se encuentra en posibilidad de desplegar la función que el Derecho le ha asignado al reconocerlo como instrumento a disposición de los sujetos, tal acto puede definirse como jurídicamente inútil, y la ineficacia que afeta el hecho puede denominarse "inutilidad". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 47. La inutilidad se denomina también esterilidad". BORDA, op. cit., supra 56, p. 390.

395. V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 11.

396. V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 10.

397. V. FALZEA, op. cit., supra 36, ps 30 y 212.

El destinatario de la expectativa (en los casos en que está acompañada a la pendencia) es el punto de referencia de los efectos futuros de una figura ya perfeccionada en sus elementos constitutivos.

El contenido de la expectativa es doble: garantía de nacimiento y garantía de ejecución, según que la tutela se refiera a que nazca o se ejecute la situación jurídica futura. A pesar de esta diversidad funcional, todos los medios de tutela de la expectativa responden al interés de que ella no se resulta inútil por la conducta de una de las partes.³⁹⁸

En el primer grupo (garantía de nacimiento) se comprende el derecho a que la otra parte no impida la verificación de la condición (artículo 682 del Código Civil). Se incluye también el derecho al resarcimiento del daño frente a quien ha puesto el impedimento.³⁹⁹

Dentro de la tutela correspondiente al segundo grupo encontramos, por ejemplo, el poder cumplir actos que interrumpan la prescripción (artículo 683 del Código Civil) y el poder de pedir declaración judicial de la existencia de la expectativa. Dentro de las medidas tutelares de la expectativa se incluye la facultad de "exigir el otorgamiento de la respectiva escritura, o la exhibición de la que se hubiere otorgado y estuviere en poder de otra persona y la de procurar que se tomen medidas de seguridad cuando la cosa debida condicionalmente estuviere abandonada o su existencia se hallare en peligro".⁴⁰⁰

Se habla de pendencia en relación con el tiempo que transcurre desde el momento en que se celebra el negocio hasta el momento en que se constata la verificación o falta de verificación del evento.⁴⁰¹

Confrontando la condición suspensiva con la condición resolutoria observamos que solamente en la primera hay verdadera pendencia. Mientras la condición suspensiva no se cumple "no se sabe si el acto jurídico producirá el efecto deseado. Sin embargo, este acto se ha realizado; la relación jurídica a que debe dar origen está, desde este momento esbozada. No es exacto decir con Pothier que solamente hay una esperanza de derecho. El que ha prometido bajo condición suspensiva no puede ya retirar la promesa que ha hecho. El derecho condicional existe en germen. Por consiguiente, le está permitido a aquel en cuyo beneficio ha sido creado tomar las medidas de conservación destinadas a defenderlo...".⁴⁰² En la condición resolutoria, en cambio, la situación es diversa: "La relación jurídica nace inmediatamente, sólo existe incertidumbre en punto a saber si subsistirá así o quedará disuelta; pero, mientras tanto, el acto produce sus efectos como si fuera puro y simple".⁴⁰³

Los conflictos durante la fase de pendencia se han resuelto tradicionalmente en consideración a la voluntad expresa o implícitamente deducible de la conveniencia de las partes.⁴⁰⁴

Carácter natural de la pendencia es su transitoriedad. "Los diversos efectos preliminares o conservativos están destinados a desaparecer con la definitiva ineficacia del acto o con su definitiva eficacia".⁴⁰⁵ Cuando el estado de pendencia concluye con una certeza sobre la imposibilidad de

398. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 210.

399. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps 132 y 133.

400. BRENES, op. cit. supra 56, ps 70 y 71.

401. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 104.

402. COLIN Y CAPITANT, op. cit. supra 130, pág. 370.

403. V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 370.

404. V. BRUSCUGLIA, Luciano, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buone fede*. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975, p. 20.

405. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 343. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 628.

verificación de efectos hablamos de ineficacia definitiva.⁴⁰⁶

En síntesis, el término "pendencia" hace referencia a los efectos (hay dilación o suspensión de ellos), mientras que el término "expectativa" hace referencia a un tipo particular (atenuado) de situación jurídica. Puede darse la pendencia sin expectativa cuando falta un sujeto a quien destinar la eficacia del acto (artículo 1400 del Código Civil).

6. Las hipótesis de ineficacia. Planteamiento sistemático

Hemos visto que la ineficacia es el resultado negativo del proceso de integración el interés negocial en el sistema. La clasificación de sus modalidades se remite a) a la indeterminación subjetiva u objetiva del interés o a la posibilidad de interferencia de intereses externos prevalecientes y b) a la actual interferencia de intereses externos sobre el interés negocial. Se habla de causas internas y de causas externas, respectivamente.

Con relación a la primera hipótesis, vemos que en la vida negocial a veces los intereses se manifiestan incompletos por falta de determinación actual del destinatario de la situación jurídica o del objeto sobre el que ésta ha de recaer,⁴⁰⁷ o bien por falta de certeza sobre si se mantendrá el interés.

En la segunda hipótesis un interés externo al interés negocial se revela preponderantemente y transforma la producción de efectos del primero (en los casos de adaptación, impedimento o eliminación).

a- *Las causas internas de ineficacia*

1. Indeterminación subjetiva u objetiva

Sujeto y objeto son los puntos de conexión entre el negocio y sus efectos.⁴⁰⁸ Puede ocurrir, en concreto que un determinado negocio deje inciertos estos términos, dejando su identificación a elementos marginales.⁴⁰⁹ Hay ineficacia, por cuanto no conociéndose todavía quién va a ser titular de la situación jurídica, ésta no puede nacer para dar satisfacción al interés negocial. "La fuente de imputación constituye pues una concausa del acto; es necesaria no para la existencia del negocio, sino para el surgimiento del efecto..."⁴¹⁰ Hay también ineficacia porque no sabiéndose cual es el objeto sobre el que ha de recaer el efecto no puede aquél cumplir su función de punto de vinculación.

Veamos algunos ejemplos en relación con la falta de determinación subjetiva:

1. El caso del destinatario de la situación jurídica que ha permanecido ajeno al acto y cuya decisión debe esperarse, por ejemplo en la hipótesis del negocio estipulado en nombre ajeno por el representante sin poderes, hasta la ratificación (artículos 1026 a 1029 del Código Civil).⁴¹¹ En esta hipótesis, la eficacia respecto al tercero depende de su ratificación, sin em-

406. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 407.

407. V. SCALISI, op. cit., supra 39, ps. 332 y 336.

408. FALZEA, op. cit., supra 25, p. 272.

409. V. SCALISI op. cit., supra 39, p. 333. "El hecho que permite la individuación del elemento objeto o del elemento subjetivo es esencial para la completa realización de la situación efectual, pero no para la validez del acto". TOMMASINI, op.cit., supra 38, p. 23.

410. FALZEA, op. cit. supra 36, p. 256.

411. Sobre la hipótesis en Italia v. PUGLIATTI, Salvatore, Studi sulla rappresentanza. Milano, Giuffrè-ed, 1965, p. 514.

bargo, el prometiende queda vinculado inmediatamente (artículos 1026 y 1027 del Código Civil). También hay indeterminación subjetiva originaria en la estipulación puramente gratuita en favor de tercero, donde se aplican los principios de las donaciones y se requiere la aceptación (artículos 1030 y 1031 del Código Civil).⁴¹²

2. Cuando la situación jurídica está destinada a un sujeto futuro (por ejemplo la disposición a favor de una persona física que todavía no ha nacido o a favor de una persona jurídica que se va a constituir). El artículo 1400 del Código Civil establece, por ejemplo, que "Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación, pero quedará pendiente el derecho del donatario..."
3. Cuando el destinatario de la situación jurídica debe ser indicado por un tercero (el caso de la disposición testamentaria librada al arbitrio de un tercero, que entra dentro de la órbita de autonomía privada, del testador, la cual solamente tiene la limitación el artículo 595 del Código Civil en materia alimentaria).

Con relación a la falta de determinación objetiva encontramos también algunos ejemplos en el Derecho Privado costarricense:

1. Cuando el bien es designado en modo genérico, se trata de un bien fungible o de obligaciones alternativas. En efecto, establece nuestro Código Civil: artículo 1050: "La venta de cosas indeterminadas de cierta especie, no transmite la propiedad de la cosa, sino cuando ésta se determine", artículo 1051: "La venta de cosas fungibles...aunque existe desde su celebración como contrato productor de obligaciones, no transmite la propiedad hasta que se cuentan, pesen o midan dichas cosas"⁴¹³ y artículo 645: "En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor..."⁴¹⁴
2. Si la indicación del objeto está dejada al arbitrio de un tercero (artículos 1056 y 1057 del Código Civil que se refieren al caso en que el precio de la venta debe ser fijado por un tercero)
3. Si el bien indicado no existe todavía, por ejemplo en el caso de la compraventa de cosa futura (artículo 1059 del Código Civil).⁴¹⁵ "La necesidad del evento al cual está confiada la tarea de integrar la determinación el objeto, provoca, dentro de ciertos límites, la suspensión de los efectos negociales. Tal suspensión se mantiene hasta que el hecho no se verifique. Cuando este hecho sea futuro e incierto surge una situación de pendencia que se pare-

412. "Omnis rati habitio prorsus retrahitur et confirmat es, quae ab initio subsequuta sunt". Toda ratificación se retrotrae en absoluto y confirma lo hecho desde el principio. CODIGO DE JUSTINIANO. Lib. IV. Tit. XXVIII, L 7 CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6. "Non tantum verbis ratum haberi potest, sed etiam actu". No sólo cabe ratificar con palabras, sino también con actos". SCEVOLA. Lib. XLVI. tit. VIII. L 5 DIGESTO. CABANELLAS, op. cit., supra 76; p. 40. Un rápido paralelismo entre convalidación y ratificación permite establecer que mientras la falta de convalidación influye sobre la validez y deja abierta la posibilidad de anulación del negocio, la falta de ratificación suspende la eficacia". MESSINEO, op. cit. supra 56, p. 621.

413. "En un negocio sobre cosa genérica o alternativa a la preliminar individualización de la cosa está subordinado el efecto real, aunque no el surgimiento de la relación obligatoria". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

414. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 307.

415. "La existencia actual de la cosa se requiere para que surjan los efectos del negocio, no para que el negocio exista". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 313.

ce mucho a la condicional; por tal razón muchos remiten las fuentes de cualificación objetivas al concepto de condición suspensiva...pero no se trata de un elemento accidental..."⁴¹⁶

La distinción hecha entre las causas internas de ineficacia, según que se deriven de falta de determinación subjetiva u objetiva tiene, como se ha visto, fundamento positivo. La importancia práctica de la distinción se encuentra en que en el primer caso (falta de fuente de imputación subjetiva) no nace ningún efecto jurídico, mientras que en los casos de falta de determinación objetiva, si bien no se produce el efecto real, puede producirse el efecto obligatorio (por ejemplo en la compraventa de cosa genérica)⁴¹⁷ y pueden surgir efectos preliminares: en la falta de fuente de imputación subjetiva no es configurable ninguna expectativa, lo que sí ocurre cuando falta la fuente de determinación objetiva.⁴¹⁸

2. Posible interferencia de intereses externos prevalecientes

Encontramos también ineficacia derivada de las causas internas, cuando la producción de efectos se suspende debido a la incerteza originaria sobre si se presentará un interés externo prevaleciente. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del testamento.

En el testamento encontramos un negocio jurídico unilateral y perfecto desde que el testamento ha emitido su manifestación en las formas legales. La eficacia se encuentra remitida, sin embargo, a la apertura de la sucesión (artículo 520 del Código Civil),⁴¹⁹ mientras tanto es relevante (y puede ser válido), pero es ineficaz⁴²⁰ hasta la muerte del testador.

La ineficacia originaria del testamento puede transformarse en "inutilidad relativa",⁴²¹ mediante la revocación.⁴²² Es en ese sentido que se habla de ineficacia por posible interferencia de intereses externo (al negocio) prevalecientes (sobre el negocio).

b- Las causas externas de ineficacia

De conformidad con lo visto hasta el momento, las causas de ineficacia pueden distinguirse en dos categorías: causas internas que derivan de la falta de un elemento marginal y causas externas que obstaculizan desde fuera la eficiencia del acto en razón de intereses incidentes sobre el interés negocial.⁴²³

La ineficacia por causas externas presupone la existencia del acto. La situación efectual, sin embargo, no adquiere existencia o la adquiere en parte, o la pierde, debido al hecho de que el Ordenamiento considera prevaleciente otra situación jurídica que no es con ella compatible. E-

416. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 305.

417. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 306.

418. "La incerteza del objeto no impide al nacimiento de una expectativa en sentido técnico..." SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

419. V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 126.

420. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit. supra 2, p. 267 y MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*. Vol sexto, Giuffrè-ed. Milano, 1962, p. 204.

421. Es relativa porque la revocación puede ser revocada y puede darse vida de nuevo al primer testamento; no puede hablarse por ello de ineficacia definitiva o "inutilidad" (absoluta) (Artículo 623 Código Civil).

422. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 392 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 110.

423. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 57.

jemplos de regulación positiva en los términos referidos se encuentran en las hipótesis de ineficacia relativa (por ejemplo en el caso del artículo del artículo 455 del Código Civil) y en materia de revocación testamentaria (artículo 621 del Código Civil).

Obsérvese que se trata de otros intereses jurídicos que, interfiriendo sobre el interés comercial, exigen que las valoraciones negociales sean corregidas, modificadas o eliminadas.

Por causas externas puede producirse una adaptación, un impedimento o una eliminación.⁴²⁴

a- Hay adaptación en los casos de reducción de eficacia en el tiempo o de reducción de eficacia subjetiva.

El caso típico de reducción de eficacia en el tiempo se encuentra en la condición, debido a la incerteza sobre si se verificará o no la interferencia de intereses y a la necesidad de esperar el momento temporal en el que los sujetos han previsto la satisfacción del interés programado.⁴²⁵

El caso típico de reducción de eficacia subjetiva se encuentra en las llamadas hipótesis de ineficacia relativa (también llamada inoponibilidad); en ellas, mientras que el efecto jurídico opera plenamente respecto a ciertos sujetos, ello no ocurre con respecto a otras categorías (por ejemplo en el caso del comprador de un bien inmueble que no inscriba su adquisición). La adaptación depende de la existencia de diversas situaciones jurídicas concurrentes sobre un mismo bien y de la exigencia de realizar una forma intermedia de tutela para resolver el conflicto de intereses.⁴²⁶

b- Hay impedimento en los casos de inutilidad originaria, donde la ineficacia depende de la falta de verificación de una concausa de eficacia (por ejemplo cuando ya no se podrá verificar el evento previsto como condición suspensiva). En estos casos queda impedida definitivamente la eficacia.⁴²⁷

c- Hay eliminación cuando la ineficacia depende de hechos resolutive (condición resolutoria, término final) y, en general en los negocios extintivos (como en la revocación o distracción). La eliminación comprende todos los casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente.

1. En particular sobre la adaptación: examen de la condición y de la "ineficiacia relativa"

a- *Las condiciones Aspectos generales*

Dentro de los elementos accidentales del negocio jurídico que tienen incidencia sobre la eficacia especial mencionan merecen las condiciones. Es común en la doctrina la idea de que "la condición afecta únicamente los efectos del negocio, bien suspendiéndolos, bien resolviendo los ya producidos".⁴²⁸

La condición consiste en el hecho de subordinar la formación o la desaparición de una relación jurídica a la realización de un acontecimiento futuro e incierto.⁴²⁹ Las partes pueden pues, hacer depender la eficacia o ineficacia de un negocio de un hecho futuro e incierto que, además debe ser posible y lícito.⁴³⁰

424. V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

425. V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

426. V. SCALISI, o. cit., supra 39, p. 335.

427. Un ejemplo en el artículo 605 del Código Civil.

428. GULLON, op. cit., supra 149, p. 167.

429. V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 361.

430. V. FRANCESCHELLI, op. cit., 57, p. 101.

Los caracteres de la condición son, como ya se ha explicado:

- 1- se trata de un hecho futuro.⁴³¹
- 2- se trata de un hecho incierto; el acto jurídico condicional es, por ello, un acto cuya suerte es incierta.⁴³²
- 3- se trata de un elemento accidental, en cuanto su estipulación depende de la voluntad de las partes.⁴³³

La doctrina conoce dos tipos de condiciones: suspensivas y resolutorias. Ellas son de efectos contrarios; "así cuando la suspensiva se realiza, el derecho nace; y cuando la resolutoria se cumple, él desaparece. Todo el tiempo que la primera se halla en estado latente, el vínculo de Derecho no se forma; y mientras la segunda está sin verificarse la obligación surte todos los efectos. De aquí resulta que siempre que la suspensiva esté sin producirse, el presunto acreedor no puede invocar derechos adquiridos, pues sólo tiene la esperanza de un derecho;⁴³⁴ y el presunto deudor, a su vez, nada debe; hallándose facultado por lo mismo para recobrar lo que huubiera pagado por error. En cambio, el que adquiere bajo condición resolutoria goza de los atributos del dominio sin otro inconveniente que la posibilidad de perderlo más adelante".⁴³⁵ Ha sido explicado que la condición suspensiva opera dentro de la estructura del acto, colocándose entre el momento de la relevancia y el de la eficacia; la resolutoria, en cambio, opera exteriormente cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia.⁴³⁶ En la condición suspensiva encontramos, en consideración a las valoraciones mismas de las partes, que su función es la de indicar la situación del mundo fenoménico (futura e incierta) a cuya verificación el autor del acto subordina la actualidad del interés programado.⁴³⁷ En el negocio condicionado suspensivamente no se programa un interés actual, sino un interés que se actualizará hasta el momento en que se produzca el evento previsto. Verificándose la condición suspensiva el negocio adquiere eficacia, verificándose la condición resolutoria el negocio la pierde.⁴³⁸

Es interesante recordar aquí la llamada "ficción de verificación" (artículo 682 del Código Civil): "La condición se reputa cumplida cuando el deudor obligado bajo tal condición impide su cumplimiento". Se considera verificado el evento cuando tal verificación no se produce debido a causa imputable a la parte que tenía interés contrario a tal verificación. En tal caso, si la condición es suspensiva el negocio produce sus efectos; si la condición es resolutoria el negocio se resuelve con efectos a partir de la conclusión (retroactividad real).⁴³⁹ Con la ficción de verificación se dispone no impedir el verificarse de la condición, por lo que se decreta a título sanciona-

431. Idea también de origen romano: "Itaque tunc potestatem conditiones obtinet, quom in futurum confertur", y así tiene fuerza de condición cuando se refiere a un tiempo venidero, PAPINIANO, Lib. XII, Tit. I, 1.39. DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 18. "Conditio de presenti vel preterito, non dicitur proprie conditio". La condición relativa a un hecho presente o pasado no se considera propiamente condición. CABANELLAS, op.cit., supra 76, p. 67.

432. V. COLIN Y CAPITANT, o. cit., supra 130, p. 361.

433. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 130.

434. En realidad, más que la esperanza de un derecho tiene una expectativa.

435. BRENES, op. cit., supra 56, p. 70, V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 244.

436. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 239.

437. V. esta explicación sustancial en VARRONE, op. cit., supra 51, p. 89.

438. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 590.

439. V. FRANCESCHELLI, op.cit., supra 57. "Se considera -si es suspensiva- como si nunca hubiera nacido. Si la condición es resolutoria, la obligación continúa produciendo sus efectos, que entonces se convierten en definitivos". COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 371.

torio que la condición se tenga por cumplida.⁴⁴⁰ Ella sirve para hacer respetar el interés programado por las partes; esta solución también tiene sus fuentes en Roma.⁴⁴¹

Es interesante aclarar que ciertas condiciones ilícitas o imposibles pueden tener incidencia sobre la validez de la obligación. Establece, al respecto el artículo 679 del Código Civil: "*toda obligación contraída, ya sea para el caso en que el estipulante cometiere un acto ilícito, u omitiere cumplir con un deber, ya sea para el caso en que el prometiende cumpliere un deber o no cometiere un acto ilícito es nula; pero será válida la obligación contraída para el caso en que el prometiende cometiera un acto ilícito o descuidare el cumplimiento de un deber*".⁴⁴² En el artículo 678 del mismo cuerpo legal se establece: "*La obligación contraída bajo una condición imposible es nula; pero si la condición es de no hacer una cosa imposible, la obligación es válida*".

1. Aclaraciones sobre "el término"

La calificación de "accidental" que (también) se otorga el término revela su posición en la estructura del supuesto negocial. Su significación práctica tiene relieve respecto a la eficacia del negocio.⁴⁴³ Se trata de un elemento accidental que opera sobre la eficacia, señalando el momento en que empieza a producirse (término suspensivo o inicial) o se extingue (término resolutorio o final).⁴⁴⁴ Influye sobre la eficacia y no sobre el perfeccionamiento del negocio.⁴⁴⁵

La diferencia sustancial entre el término inicial y el término final ha sido explicada en el siguiente sentido: "El término final revela una naturaleza radicalmente diversa a la del término inicial; ello depende del diverso rol ejercitado por uno y otro respecto al despliegue de la función del negocio. Si en efecto, función del negocio es la innovación de una cierta configuración de intereses, el término inicial se refiere a la misma aptitud del negocio para traducirse sobre el plano de la realidad, en cuanto señala el momento de inicio de la innovación. En cambio, el término final presupone que el negocio se haya traducido ya sobre el plano de la realidad...él no se refiere a la aptitud de la programación para operar, sino a la medida de la programación".⁴⁴⁶

A diferencia de la condición, en el término hay certeza⁴⁴⁷ aunque se parecen en el efecto de diferir o eliminar la eficacia de la situación jurídica.⁴⁴⁸

440. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 206.

441. "Jure civili receptum est, quoties per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset". Está admitido en Derecho Civil que cuando el interesado en una condición impida su cumplimiento, se la considere como cumplida. JULIANO, Lib. XXXV. tit. I. L. 24, DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 30.

442. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 606.

443. V. RUSSO. Ennio. *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè-Ed. Milano, 1973, p. 4.

444. RUSSO, op. cit., supra 443, p. 3 cit a: DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile*, I Messina, 1934, p. 283, MESSINEO. Francesco. *Dottrina generale del contratto*. Milano, 1948 p. 124. FERRARA. F. *Diritto Privato attuale*, Torino, 1948. V. tamb. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 593 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 182.

445. "La adquisición de un derecho, o la asunción de una obligación se supone, en el negocio a término inicial ya ocurrido solamente que el momento del ejercicio del derecho o del cumplimiento de la obligación no ha llegado todavía". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 594.

446. RUSSO, op. cit., supra 443 ps. 148 y 149.

447. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 105.

448. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 181. "Si las partes convinieron en realizar unas construcciones, al finalizar las cuales el demandado pagaría por el uso de ellas una renta calculada sobre el valor de las mismas, se está en presencia de una obligación de término incierto o desconocido, término y no condición,

2. Condición y término. Aclaraciones

Aunque ambos elementos accidentales determinan una ineficacia voluntaria,⁴⁴⁹ estructuralmente, término y condición se diferencian en razón de la certeza (o falta de ella) acerca de su verificación (aunque en doctrina se discute la posibilidad del término incierto). Se ha dicho que "tiene más vitalidad la obligación a término que obligación condicional, ocupa más lugar en el patrimonio que ese germen que constituye el crédito solamente condicional".⁴⁵⁰

Las consecuencias prácticas se observan en el riesgo: el riesgo de la cosa debida bajo condición recae sobre el deudor (artículo 685 del Código Civil: "Mientras la condición suspensiva no se realice, el enajenante conserva por su cuenta y riesgo la cosa objeto de tal obligación y hace suyos los frutos que produzca"); por el contrario "el riesgo de la cosa debida a término recae sobre el acreedor. Este se ha convertido en propietario de la cosa en virtud del contrato. lo que el término suspende es únicamente la entrega material de la cosa. Cabe por tanto aplicar la regla 'res perit domino' "⁴⁵¹ (artículo 776 del Código Civil: "El plazo se presume estipulado en favor del deudor, salvo que resulte lo contrario de la convención o de las circunstancias").

Para algunos⁴⁵² la diferencia puede encontrarse en que en el caso de la condición suspensiva existe una situación de relevancia, mientras que en el caso del término surge la situación jurídica, pero se atrasa su ejecución. La diferencia es observable si se toma en cuenta el hecho de que el acreedor bajo condición suspensiva puede antes de verificarse el evento analizar los actos conservatorios de su derecho (pero sólo los actos conservatorios (artículo 683 del Código Civil); se excluye la realización de su interés, porque su derecho todavía no existe y él todavía no es acreedor. Esta posibilidad existe, en cambio, para el acreedor a término, aún antes del vencimiento. La plena validez del pago anticipado y la consecuente exclusión de repetición de lo que ha sido pagado antes del vencimiento (artículo 773: "Lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado") son la demostración más convincente del reconocimiento de su derecho con anterioridad al cumplimiento del término y al mismo tiempo aclaran la función de éste en el sentido de que se produce solamente con relación al ejercicio del derecho, sin excluir la eventual realización anticipada del interés.⁴⁵³ Una confirmación ulterior se tiene con la llamada "decadencia del beneficio del término" (artículo 777 del Código Civil) que eliminando todo límite temporal al ejercicio del crédito legitima al acreedor para exigir inmediatamente la prestación.⁴⁵⁴

"La decadencia del beneficio del término recuerda un poco la "ficción de verificación de la condición. no es difícil ver la diversidad de los dos remedios: mientras que la ficción de verificación tiene carácter sancionatorio de la violación de la obligación de no impedir el verificarse de la

porque el hecho tenía que verificarse necesariamente con arreglo al contrato, aunque se ignoraba la fecha exacta en que debían finalizar las obras". SALA DE CASACION, No. 72 de 10 hrs. del 28 de junio de 1976.

449. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 391.

450. V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 377.

451. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 377, v. tamb. ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 137.

452. NATOLI, Ugo, *La regola della correttezza a l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa*, Giuffrè-ed. Milano, 1975.

453. V. SCALISI, op. cit., supra 39, . 341.

454. Sobre el tema PEREZ, Víctor, *El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria*. Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, No. 3, p. 62.

condición, la decadencia del beneficio del término, refiriéndose a cualquier comportamiento del deudor que perjudique las razones del acreedor, realiza una verdadera forma de tutela anticipada del derecho del acreedor, que en el caso del negocio condicional no existe".⁴⁵⁵

3. En particular sobre la adaptación derivada de condición suspensiva

Cuando la condición es suspensiva el negocio queda en suspenso, mientras tanto se encuentra privado de eficacia en su contenido, de modo que se refiere a la adquisición de un derecho que se encuentra "condicionado"; el titular de ese derecho condicional puede solamente realizar actos conservativos (art. 683 del C.C.: El acreedor puede, antes de cumplirse la condición, ejercer todos los actos conservativos de su derecho)".⁴⁵⁶

En la condición suspensiva encontramos un caso típico de ineficacia, entendiéndose ésta como una ineptitud actual para la producción de efectos. Se califica de ineficaz el negocio perfecto y válido, que no produce sus efectos porque hay una causa que lo impide. El caso de la condición suspensiva ejemplifica este mecanismo: la condición suspensiva es causa de ineficacia del negocio, el que producirá sus efectos cuando el evento se verifique.⁴⁵⁷

2. En particular sobre la "ineficacia relativa". Adaptación subjetiva de eficacia.

Se distingue frecuentemente la ineficacia en absoluta y relativa según que ella opere respecto a todos o solamente respecto a determinadas personas. Se dice que en este segundo caso el negocio es eficaz entre algunos e ineficaz entre otros:⁴⁵⁸ el contrato eficaz entre las partes no puede ser opuesto útilmente a terceros. El caso típico se encuentra en el conflicto entre dos adquirentes de un bien inmueble, uno de los cuales haya inscrito con anterioridad su título.⁴⁵⁹

Como se ha adelantado, la ineficacia relativa responde a una exigencia de adaptación y representa el medio de que se vale el Ordenamiento para realizar una forma intermedia de tutela de los intereses de la partes y de los terceros.⁴⁶⁰ Con este remedio se tutela el interés del tercero en cuanto titular de una situación jurídica incompatible con los efectos del acto.

La ineficacia relativa se denomina usualmente "inoponibilidad": hay ineficacia respecto a ciertos sujetos a los cuales no es oponible el acto.⁴⁶¹

La relatividad de esta forma de ineficacia deriva de la distinción entre partes y terceros,⁴⁶² entendiéndose por tercero quien no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción (en el caso de la inoponibilidad por falta de registración) (párrafo segundo del artículo 455 del Código Civil).⁴⁶³ Se ha dicho que en la base del remedio hay un fenómeno de reflexión de

455. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

456. Sobre el tema v. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

457. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, . 114.

458. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 197.

459. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 259.

460. V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 355.

461. V. LA CRUZ, op. cit., supra 36. "Inoponibilidad significa que el negocio en sí válido y además eficaz entre las partes y también hacia otros, no es eficaz, por lo que no despliega ningún efecto, frente a algunos terceros". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 626, BORDA, op. cit., supra 56, p. 389. TRABUCCIII, op. cit., supra 1, p. 193.

462. V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292, V. PLANITZ, op. cit., supra 93, . 107.

463. V. SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. del 25 de junio de 1952, sem I, tomo único, p. 552.

los efectos del acto en la esfera jurídica de personas que no han tomado parte en él.⁴⁶⁴

Debe observarse que en la doctrina hay graves imprecisiones sobre este concepto. Algunos han llegado a afirmar que el negocio es "nulo" frente a determinadas personas⁴⁶⁵ confundiendo la invalidez con la ineficacia.

Dado que el negocio carece de efectos frente al tercero no es necesaria ninguna acción suya para eliminar los efectos del negocio, aunque, en algunos casos podrá ser útil alguna acción declarativa o de constatación:⁴⁶⁶ ello se ha explicado diciéndose que "frente a la nada no es siquiera concebible una impugnación"; no se requiere cuando los efectos del negocio no pueden oponerse al tercero, como, por ejemplo, ocurre cuando las partes no cumplen una carga como la de dar publicidad a su acto.⁴⁶⁷

- a- La falta de publicidad declarativa de la compraventa de bienes inmuebles (artículos 455 y 459 del Código Civil).⁴⁶⁸

El artículo 456 del Código Civil "que es el fundamento jurídico que sostiene la fe que el Registro presta a terceros, protege del modo dispuesto a los actos o contratos que se hayan inscrito en dicha institución, dándole así vigor a otras normas legales, como la del artículo 267 del Código Civil que preceptúa que "para que la propiedad sobre inmuebles surta todos sus efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad", y la del artículo 455 *ibidem* que manda que "los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a terceros, sino a partir de la fecha de presentación en el Registro".⁴⁶⁹ La determinación de los títulos inscribibles ha sido aclarada jurisprudencialmente.⁴⁷⁰ El conflicto de

464. V. SCALISI, *op. cit.*, supra 39, p. 354. En cuanto a las críticas al esquema de la "Doppelwirkungen", V. PUGLIATTI, *op. cit.*, supra 53, p. 658, SCALISI, *op. cit.*, supra 39, ps. 347 y 353.

465. V. VON THUR, *op. cit.*, supra 148, p. 91.

466. V. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, supra 95, p. 393.

467. V. BETTI, *op. cit.*, supra 35, ps 350 y 351.

468. "si éste no ha sido hecho público mediante la transcripción no es oponible a otro causahabiente del mismo propietario que podría haber contratado luego, pero que habiendo hecho público su título ha conservado el derecho adquirido". STOLFI, *op. cit.* supra 37, p. 99 "...de acuerdo con los principios que rigen la institución del Registro Público, entre dos documentos relativos a una misma finca, que se excluyan o contradigan entre sí, el que estuviere inscrito prevalece sobre el que no lo está..." SALA DE CASACION, No. 54, de 16 hrs. del 28 de mayo de 1958, *sem. I. T. II.* p. 876.

469. SALA DE CASACION, No. 21 de 15 y 30 hrs. del 27 de enero de 1967, *sem. I. tomo I.*, p. 369, "aun cuando una sentencia tuviera por válida la primera venta, si esta última no se dio a conocer a los terceros por medio del Registro, esa sentencia no puede causarle perjuicio al segundo comprador, conforme al artículo 456 citado, el cual se inspira en el principio fundamental de que, sin publicidad, el tercero no puede ser perjudicado, de modo que no se han infringido por el Tribunal de alzada los artículos 468, inciso 1, 469 y 470 *ibidem*". SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. del 25 de junio de 1952, *sem. I. tomo único*, p. 552. En términos análogos: "Un documento privado de carta venta, sin fecha cierta alguna, surte efectos sólo entre las partes cotratantes, no contra terceros, a quienes sólo les afecta lo que aparece inscrito en el Registro y es sabido que sólo los traspasos que consten en escritura pública pueden inscribirse". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 123 de 8 y 45 hrs. del 14 de marzo de 1975, *v. tamb.* SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 15 hrs. del 20 de enero de 1971.

470. "Si bien el artículo 450 del Código Civil dispone de un modo general que en el Registro se inscribirán los títulos que consten en escrituras o ejecutorias, sin mayor esfuerzo se comprende que el texto alude a los que tengan intrínsecamente el carácter de inscribibles, es decir, atendiendo a la naturaleza del acto o contrato o del respectivo pronunciamiento judicial, más no —como es obvio— a los títulos que estén en el caso contrario por ser incompatibles con el régimen del Registro". SALA DE CASACION No. 9 de 14

intereses se observa, por ejemplo en el caso de prestación de la escritura con posterioridad a un mandamiento de embargo.⁴⁷¹ Se distingue entre si han transcurrido o no tres meses a partir del negocio para resolver el conflicto. Así, se ha dicho: "*En el regimen establecido por nuestro Código Civil para solucionar los conflictos sobre preferencia en razón de tiempo entre el titular de un derecho real, adquirido o constituido en escritura pública y el embargante que logra anotar el embargo con anterioridad a la fecha de presentación de la escritura al Registro Público, se ha establecido que esta última prevalece sobre el embargo siempre que sea presentada al Registro dentro de los tres meses posteriores a su otorgamiento; de lo contrario si la presentación se hiciere después, la preferencia corresponderá al embargante, salvo que se demuestre en vía ordinaria que es cierto el derecho...*"⁴⁷²

- b- En términos análogos se regula la hipoteca sobre inmuebles sin inscribir en el Registro (según resulta de los artículos 464 y 455 del Código Civil).⁴⁷³
- c- También hay ineficacia relativa en la llamada no invalidación de inscripciones nulas en perjuicio de tercero (según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General puede suspender la inscripción de actos absolutamente nulos, de conformidad con el artículo 835 del Código Civil).⁴⁷⁴ Según el artículo 456 del Código Civil la inscripción que se realizare no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables con-

y 15 hrs. del 20 de enero de 1971. "Una escritura pública en que se constituya una obligación puramente personal aunque esté vinculada a un inmueble, como sería la promesa de vender una finca, no podría inscribirse en el Registro, por tratarse de relaciones extrañas a la institución registral; y así también ocurriría con la ejecutoria de una sentencia referente a un crédito no garantizado con derechos reales sobre inmuebles, pues una obligación de esa índole nada tiene que ver con el Registro Público". SALA DE CASACION, sentencia ult. cit.

- 471. "El recurso es procedente por violación el artículo 455 del Código Civil y errónea interpretación del número 458 del Código de Procedimientos Civiles. Manda el primero que los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos -el instrumento de que se trata en el caso presente-, no perjudicarán a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro. De esa suerte, si la presentación de la escritura fue posterior a la del mandamiento de embargo, en manera alguna puede afectar o perjudicar éste (ver artículo 54 del Reglamento del Registro Público). SALA DE CASACION No. 35 de 15 y 15 hrs. del 15 de abril de 1959, sem. I. tomo II, p. 683. "Conforme al artículo 196 del Código de Procedimientos Civiles, una vez practicada la anotación en el Registro Público del derecho real sobre la cosa, se entenderá hecha sin el perjuicio del acreedor anotante". De otra parte, los títulos sujetos a inscripción en aquella oficina -como lo es la escritura de que se trata- no perjudican a terceros, sino desde su presentación a la misma, según el número 455 del Código Civil. Por ello, aunque de fecha anterior a la que ésta está sujeta a las dos disposiciones mencionadas y por esto no puede ordenarse la cancelación que el ocurrente persigue. Tal tesis ha sido constantemente mantendia por esta Corte; y entre otras sus sentencias de 14 y 20 hrs. del 28 de noviembre de 1940, p. 1293 de la colección de 3 y 30 hrs. p. m. de 30 de abril y de 3 y 45hrs. p. m. del 17 de setiembre, ambos meses de 1929 y ps. 420 y 338 respectivamente". SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 45 hrs. del 20 de enero de 1959, sem. I. t. I. p. 259. V. tamb. SALA DE CASACION No. 141 del 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1973.
- 472. SALA DE CASACION. No. 141 de 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1973.
- 473. "Si bien las partes pueden convenir en un gravamen hipotecario sobre un inmueble sin inscribir en el Registro Público, para que tal cosa pueda perjudicar a terceros, y sólo con esa finalidad, el derecho de hipoteca sí debe llevarse al Registro respectivo..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 609 de 8 y 30 hrs. del 26 de julio de 1976.
- 474. "...según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General debe suspender la inscripción de los documentos que registran actos o contratos absolutamente nulos, o que carezcan de las formalidades extrínsecas que las leyes exigen, o de alguno de los requisitos que debe contener el asiento". SALA DE CASACION No. 113 de 16 y 15 hrs. del 9 de noviembre de 1955, sem. II, tomo II, p. 766, V. tamb. SALA DE CASACION No. 117 de 15 hrs. del 25 de noviembre de 1958, sem. II, tomo I, p. 683.

forme a la ley.⁴⁷⁵ Se hace sin embargo una excepción⁴⁷⁶ en cuanto los actos o contratos que se ejecuten por persona que en el Registro aparezca con derecho a ello, establecido que, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a terceros.

- d- Otro ejemplo de ineficacia relativa se encuentra en tema de contrato de mandato; según el último párrafo del artículo 1251 del Código Civil "los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente del Registro de la propiedad, y no producen efecto respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción". En tal caso la falta del requisito produce una inoponibilidad con relación a terceros.⁴⁷⁷ Se ha sostenido, consecuentemente, que la inscripción no es un requisito esencial de perfeccionamiento del contrato y, que el acto de inscripción lo que determina es la eficacia respecto a terceros.⁴⁷⁸
- e- También hay ineficacia relativa en materia de inscripción de traspasos automovilísticos en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tránsito.
- f- En materia de sociedades encontramos otra hipótesis de ineficacia relativa (artículos 19 y 22 del Código de Comercio). Mientras no se haya efectuado la publicación y la inscripción sobre la constitución de la sociedad, sus modificaciones, fusión o cualesquiera otros actos que modifiquen su estructura, los pactos y documentos sociales no producirán efecto legal alguno en perjuicio de terceros.⁴⁷⁹
- g- La renuncia a la prescripción no opera respecto a los acreedores del renunciante cuando éstos hacen valer los derechos de su deudor (artículos 850 y 716 del Código Civil).
- h- En materia de compraventa de establecimientos mercantiles también hay ejemplos de inoponibilidad con relación a los acreedores.⁴⁸⁰
- i- No perjudican tampoco a terceros las acciones de resolución cuando aquel ha inscrito su derecho (artículo 457 del Código Civil).⁴⁸¹
- j- Hay, en fin, ineficacia relativa en los casos de la llamada acción revocatoria o pauliana, sobre la cual conviene hacer algunas consideraciones: la acción revocatoria tiene como finalidad específica la obtención de una declaración de ineficacia relativa,⁴⁸² ella se refiere a los

475. "...el artículo 456 del Código Civil en su regla primera establece que: "la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley". SALA DE CASACION, No 74 de 15 y 30 hrs. de 16 de julio de 1958, sem. II, tomo I p. 38.

476. V. SALA DE CASACION, 13 y 30 hrs. del 5 de enero de 1951, sem. I. t. único, p. 15. El artículo 477 del Código Civil establece: "Podrá declararse nula la cancelación (de inscripciones): 1) cuando se declara falso o nulo el título en virtud del cual fue hecha, 2) cuando se haya verificado por error o fraude. Pero en estos casos la nulidad sólo perjudica a terceros posteriores, cuando se haya inscrito provisionalmente la demanda establecida para que se declare en juicio.

477. V. SALA DE CASACION No. 44 de 10 y 15 hrs. del 30 de abril de 1969 y no. 5 de 14 y 15 hrs. del 13 de enero de 1971.

478. V. SALA DE CASACION, No. 5 de 14 y 15 hrs. del 13 de enero de 1971.

479. V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 393 y 394.

480. "Solamente cuando el acreedor se dice perjudicado por la venta del establecimiento mercantil, presenta un título en que conste una deuda proveniente del giro o tráfico mercantil del negocio se podría declarar la nulidad de la venta dicha, por omitirse la ubicación de los edictos que señala la ley..." TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 801 de 9 y 30 hrs. del 29 de octubre de 1974.

481. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 626 y 627.

482. "...ineficaz frente a los acreedores defraudados..." DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292 V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 380.

actos de disposición el patrimonio que el deudor verifique en perjuicio del acreedor. Se ha aclarado que ella opera en la medida del perjuicio que resulte conscientemente producido y subsista en el momento en que se promueve la demanda.⁴⁸³

Se trata de una hipótesis de ineficacia relativa, en cuanto ella tiene efecto solamente respecto al acreedor que la ha pedido.⁴⁸⁴

La acción en examen se encuentra regulada en nuestro Ordenamiento por los artículos 848 y 849 del Código Civil, de conformidad con los cuales hay ineficacia respecto al acreedor de los actos del deudor que le perjudique siempre que el deudor conozca el perjuicio o que el acto anterior al crédito haya sido preordenada dolosamente y concurren las demás condiciones legales. Obtenida la declaración el acreedor puede accionar contra los terceros adquirentes; esta acción prescribe en cinco años a partir de la fecha del acto.⁴⁸⁵

Obsérvese que "la acción revocatoria o pauliana presupone que el deudor cumpla actos de disposición del propio patrimonio, acarreado con ello perjuicios a los intereses del acreedor; el acreedor puede pedir que sean declarados ineficaces frente a él tales actos";⁴⁸⁶ "aunque su crédito estuviere sujeto a condición o a término", expresa el artículo antes citado.

El fundamento de esta acción se encuentra "en el derecho general de garantía que incumbe al acreedor sobre los bienes del deudor".⁴⁸⁷

La acción, como se ha dicho, tiende a que no se desintegre indebidamente el caudal del deudor con el cual el acreedor puede satisfacer su crédito; se refiere, pues, a los actos que tiendan a sustraer parte de su patrimonio "o sea, bienes que ya lo integraban, como sería la renuncia a una servidumbre o un usufructo ya constituidos; no comprende, por consiguiente los hechos negativos, por los cuales omite aumentarlo, verbigracia el rechazo de una donación".⁴⁸⁸

Nuestra jurisprudencia ha establecido los paralelismos y las diferencias entre esta acción y la nulidad por simulación absoluta. Se ha aclarado que "surten efectos análogos en cuanto dejan libre el camino para que los acreedores puedan ejercitar el derecho de persecución sobre los bienes que son prenda común de todos ellos".⁴⁸⁹ Sus diferencias se encuentran en cambio en que "la acción pauliana se concede para atacar un contrato verdadero, en que el deudor se desprende de un bien en fraude de acreedores, contrato que sería válido si no existiera ese fraude, es decir, si el deudor tuviese otros bienes para responder a sus obligaciones, mientras que la acción por simulación absoluta se dirige a impugnar un acto o contrato que sólo tiene existencia aparente, y por medio de ella lo que se persigue es que los tribunales declaren que el bien no ha sido enajenado y que continúa perteneciendo al deudor. La confusión entre ambas acciones proviene, por una parte, de que en la simulación absoluta también existe, generalmente, un fraude en perjuicio de acreedores; y por otra, de que el Código Civil se ocupa por igual de la acción de simulación y del fraude pauliano al referirse a los actos o contratos que pueden impugnarse dentro de la insolvencia o concurso, sin regular especialmente la simulación por separado, pues el único artículo que se ocupa de ella es el número 905 inciso primero. Además, como la acción pauliana tampoco estaba contemplada en el carácter de acción individual, pues no fue sino al reformarse el artículo 848

483. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 370.

484. V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 355, CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. I. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 455.

485. Debe observarse que se trata más bien de una caducidad, por las razones citadas en la nota. 346.

486. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 354.

487. BRENS, op. cit., supra 56, p. 101.

488. BRENS, op. cit., supra 56, p. 101.

489. SALA DE CASACION No. 22 de 11 y 30 hrs. de 31 de marzo de 1970.

del Código Civil, por ley número 4327 de 25 de febrero de 1969 que dicha acción fue establecida con autonomía –fuera del concurso– esa circunstancia también ha dado lugar al error frecuente de suponer que la declaratoria de quiebra o insolvencia era indispensable para impugnar los actos o contratos simulados como si por no existir posibilidad de alegar el fraude pauliano en una acción individual, lo mismo ocurriera con la simulación absoluta. No es así en realidad, pues ese tipo de simulación cae de lleno dentro de lo que dispone el artículo 835 inciso primero del Código Civil; y tanto por lo que prescribe el artículo 837 *ibídem*, a cuyo tenor la nulidad absoluta "puede alegarse por todo el que tenga interés en ella", cuanto por el derecho de los acreedores que también fija el artículo 981 del mismo Código, es evidente que cualquiera de ellos puede pedir la declaratoria de simulación sin mediar procedimientos concursales, pues se trata de uno de los recursos que tienen a su mano los acreedores para conservar el patrimonio del deudor, a los fines de hacer efectivo el derecho de garantía que establece el citado artículo 981".⁴⁹⁰

3. En particular sobre el impedimento: examen e la deficiencia de la condición suspensiva y de la revocación el testamento

a- *La deficiencia de la condición suspensiva. Inutilidad*

Ya hemos tenido ocasión de tratar el argumento. Basta recordar que cuando, en un negocio suspensivamente condicionado, se revela la imposibilidad de que el evento futuro e incierto llegue a verificarse, el negocio de ser relevante pasa a ser inútil, esto es, definitivamente ineficaz. La eficacia queda impedida definitivamente.

b- *La revocación del testamento. Inutilidad relativa*

Cuando se revoca el testamento ocurre algo análogo al fenómeno descrito como "deficiencia de la condición suspensiva": antes del momento de la eficacia se impide (de antemano) la producción de efectos. La ineficacia que nace no es sin embargo necesariamente definitiva, en cuanto la revocación puede ser, a su vez, revocada y puede revivirse el primer testamento siempre que así se declare expresamente (artículo 623 del Código Civil).⁴⁹¹ Se habla por ello de "inutilidad relativa". La revocación puede ser expresa o tácita,⁴⁹² según el carácter simbólico o significativo de la manifestación de intereses.

No se debe acudir a la invalidez para explicar el fenómeno de la revocación testamentaria, por cuanto el concepto de revocación es perfectamente compatible con el testamento válido (lo presupone). El carácter relativo de la inutilidad revela esto.

Conviene recordar que ciertas cláusulas del testamento no son revocables, como el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia).

4. En particular sobre la eliminación. Examen de la revocación, la rescisión y la resolución

a- *La revocación*

Una de las formas típicas de ineficacia sobreviniente o ineficacia por causas externas que determina "eliminación", es la revocación. Con ella no solamente se elimina los efectos produ-

490. SALA DE CASACION, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970. Sobre esta comparación v. BORDA, *op. cit.*, supra 56, p. 383.

491. V. MESSINEO, *op. cit.*, supra 420, p. 219. Otro caso de inutilidad relativa en el artículo 816 del Código Civil.

492. V. MESSINEO, *op. cit.*, supra 420, p. 210 y PUGLIATTI, *op. cit.*, supra 53 p. 126.

cidos sino que se impiden los ulteriores efectos del negocio.⁴⁹³ Se admite, por ejemplo, que en la revocación de la donación hay ineficacia sobreviniente; el negocio válido es, en este caso, privado de eficacia mediante el ejercicio de una potestad unilateral (artículo 1405 del Código Civil).⁴⁹⁴

El concepto de revocación ha sido confundido con los conceptos de rescisión⁴⁹⁵ y con el de invalidez.⁴⁹⁶

El concepto de "revocación" es usado en las mismas fuentes romanas con diversos sentidos "revocare denota a veces el retiro de la voluntad expresada (R. voluntatem donatorem, mandatum), y a veces tiene el mismo sentido y alcance semántico de "rescindere", esto es, disolver un vínculo jurídico con eficacia obligatoria "ex nunc"... Algunos autores atribuyen a la voz "revocación" un sentido específico, refiriéndola únicamente a los actos a título gratuito. Otros le dan un alcance amplísimo referible a toda especie de negocios"⁴⁹⁷ (concepto este último de validez teórico general).

El fundamento sustancial de la revocación se encuentra precisamente en el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado; con este juicio se demuestra que la programación negocial antes predispuesta ya no es conforme con sus intereses.⁴⁹⁸ El presupuesto es la recíproca conveniencia de las partes.⁴⁹⁹

Con el nuevo negocio se neutralizan los efectos del precedente. Cuando la eficacia del negocio cesa por voluntad de las partes resulta innecesario el pronunciamiento judicial; así lo ha aclarado nuestra jurisprudencia y la doctrina.⁵⁰⁰

Los casos posibles de revocación son: a- acto unilateral del testador, o del donante, b- mutuo consentimiento cuando se trata de contratos y c- acto unilateral del estipulante cuando se trata de negocio en favor de tercero y éste no se ha adherido a él (artículos 1030 y 1031 del Código Civil).⁵⁰¹

-
493. V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 45 v. BORDA op. cit. supra 56, p. 391, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 250.
494. Algunos no admiten la calificación de ineficacia subsiguiente en el caso de la revocación: BETTI, op. cit., supra 35, p. 350.
495. "La rescisión de un contrato se opera solamente por voluntad de las partes contratantes o por declaración judicial". SALA DE CASACION, No. 50, 1 sem. II tomo, p. 851, 1958.
496. "Los contratos son susceptibles de ser invalidados no solamente por causas legales taxativas, sino también por mutuo consentimiento de los propios interesados; este género que deja sin efecto un contrato anterior en virtud de mediar mutuo consentimiento, y que se funda en la misma voluntad de las partes que dio origen y vida al contrato que ellas, a su vez, también quieren destruir recibe en algunas legislaciones el nombre de revocación". SALA PRIMERA CIVIL. No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.
497. LORETO, Luis. Contrato revocatorio y retroactividad convencional. Editorial Sucre, Caracas, 1976, p. 55.
498. V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 46.
499. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691.
500. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691. "En sentencia de las...prohijando argumentos de la Sala primera Civil este Tribunal declaró que es innecesaria la resolución de un contrato "si las partes acuerdan amigablemente la conclusión de la relación contractual existente entre ellas". Tal doctrina buena para el evento de un convenio consumado "a fortiori" debe serlo cuando el convenio no llega a perfeccionarse". SALA DE CASACION No. 35 de 15 y 15 hrs. del 9 de abril de 1969. Sem. I. Archivo.
501. V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 191.

La justificación jurídica del instituto se encuentra en el mismo poder de autonomía privada que dio vida al negocio.⁵⁰² Los orígenes se encuentran en Roma.⁵⁰³

Hay ciertos negocios donde la autonomía privada no funciona con efectos revocatorios. Son negocios irrevocables, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia), y la donación fuera de los casos legales (artículo 1045 del Código Civil).⁵⁰⁴

El contrato revocatorio es denominado por algunos "distracto":⁵⁰⁵ frente al acuerdo inicial se levanta con posterioridad el consentimiento contrario de las partes.

La retroactividad de la revocación no está legalmente prevista; ella es convencional o voluntaria.⁵⁰⁶

La revocación puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que resulta claramente de los términos del nuevo negocio. Es tácita cuando no hay una manifestación expresa. Por ejemplo, hay revocación tácita cuando se hace un segundo testamento, en lo que contradiga el primero (artículo 622 del Código Civil).

b- La impugnabilidad: rescisión y resolución

1. Ideas generales sobre la impugnabilidad

Hablamos de impugnabilidad del negocio jurídico cuando se concede a una de las partes, o a otro sujeto, el poder de accionar para la eliminación de los efectos. En estos casos el negocio es, desde el momento de su realización, válido y eficaz.⁵⁰⁷ Tiene, sin embargo, en algún momento una deficiencia estructural o funcional por lo que se concede al interesado la posibilidad de impugnar su eficacia.⁵⁰⁸ Es también así una hipótesis de ineficacia sobreviniente.

Puede decirse que los negocios impugnables son negocios que, aun teniendo todos los requisitos de validez, pueden llegar a sufrir una destrucción de efectos debido a algunas circunstancias –a menudo sobrevinientes– que el Ordenamiento toma en consideración con miras al resultado práctico perseguido por las partes, o bien en función de la tutela de la igualdad negocial, en los casos de resolución y rescisión, respectivamente.

2. La rescisión

Dentro de las formas de ineficacia derivadas de un proceso de "eliminación" de los efectos surgidos encontramos la impugnabilidad por rescisión. La doctrina atribuye este derecho a una parte en razón de una grave desproporción entre las prestaciones (realizadas o prometidas) (le-

502. V. LORETO, op. cit., supra 497, p. 53.

503. "Quae consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur". Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve. CODIGO DE JUSTINIANO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6.

504. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631 y MESSINEO, op. cit., supra 97, p. 203.

505. V. LORETO, op. cit., supra 497, ps. 54, 55 y 63: "Esta expresión casi ignorada de nuestra práctica forense y poco usada por nuestros civilistas es, sin embargo, expresión correcta y técnica. Ella deriva su validez semántica de las fuentes clásicas, en donde hallamos empleado el sustantivo "distractus" equivalente a "disolutio" en oposición a "contractus".

506. LORETO, op. cit., supra 497, p. 63.

507. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 398.

508. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 409.

sión), o cuando derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que esa parte se hubiere aprovechado.⁵⁰⁹

En nuestro sistema no se ha otorgado a la expresión rescisión su significado técnico correcto; así ocurre en la legislación (véase, por ejemplo el artículo 836 del Código Civil), jurisprudencia⁵¹⁰ y doctrina.⁵¹¹

Se ha aclarado que la rescisión incide sobre la eficacia "...el negocio rescindible es un negocio válidamente formado, pero que produciendo perjuicio...podrá ser declarado ineficaz...supone la validez y opera únicamente sobre la eficacia";⁵¹² en ambos casos de rescisión se concede al sujeto el poder de hacer caer los efectos, por lo que se trata de una hipótesis de ineficacia sucesiva.⁵¹³ Es el caso de hablar de ineficacia sobrevenida a un negocio al cual no faltan requisitos de validez. no adolece de vicios o defectos, pero es un negocio que produce un perjuicio que solamente puede ser reparado provocando su ineficacia.⁵¹⁴

Estando dirigida la rescisión al restablecimiento de un equilibrio se comprende la admisibilidad del instituto de la reducción a equidad.⁵¹⁵

La figura existió en el Código de Carrillo.

3. La resolución

La resolución puede conceptualizarse como el medio con el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que perturba el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia. Como tal se ubica dentro del concepto técnico de "eliminación" (que es una de las posibilidades de ineficacia definitiva —junto con algunas formas de impedimento— que a su vez se ubica dentro de las formas de ineficacia derivadas de causas externas.⁵¹⁶ A diferencia

-
509. Así BETTI, op. cit., supra 35, p. 371.. V. desarrollos de estas ideas en PUGLIATTI, op. cit., supra 53, quien expresa sobre los casos de peligro y necesidad: "la primera se presenta cuando una de las partes ha asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad de salvarse o salvar a otros del peligro actual de un daño grave en la persona...la otra se da si hay desproporción entre la prestación de una parte y la de otra y la desproporción depende del estado de necesidad de una de las partes del cual la otra se haya aprovechado para obtener ventaja...en ambas situaciones se toma en cuenta el equilibrio de interes, con referencia al momento constitutivo del contrato, y tal equilibrio, es más que el presupuesto, el objeto mismo de la tutela". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373 DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, 0. 373, TRABUCCHI, op. cit., supra 207, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 95.
510. "El vocablo rescindir, significa en correcto lenguaje jurídico y conforme al sentido que le atribuye el Código Civil, dejar sin efecto un acto o contrato porque adolece de vicios que lo hacen relativamente nulo". SALA DE CASACION. No. 80 de 15 hrs. de 12 de julio de 1968, así tamb. parte de la doctrina. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 39.
511. Se confunde rescisión con nulidad relativa (y esta con anulabilidad). BRENES, op. cit., supra 56, p. 254, BONET, op. cit., supra 173, p. 729.
512. LA CRUZ, op. cit., supra 3, p. 260.
513. V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 260.
514. V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 208.
515. "Sentado, luego, que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato...se comprende que la rescisión puede ser evitada por la otra parte ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente para reintegrarlo a la equidad". BETTI, op. cit., supra 35, p. 371.
516. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631.

de la rescisión encuentra su fundamento en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la funcionalidad negocial.⁵¹⁷

En razón de lo anterior, el remedio de la resolución tiene como presupuestos o un hecho objetivo o un comportamiento de una de las partes, posteriores a la celebración del negocio, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión.⁵¹⁸

Se admiten diversos tipos: por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento.

El remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en momentos sucesivos a la conclusión del negocio.⁵¹⁹ Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida.

La resolución por incumplimiento, en cambio, contempla un hecho del deudor a él imputable.⁵²⁰ Esta resolución debe ser declarada judicialmente.⁵²¹ En caso de incumplimiento (artículo 692 del Código Civil) de una de las partes, la otra puede a su escogencia pedir, el cumplimiento o la resolución del contrato, con daños y perjuicios. Es necesario, eso sí, que el incumplimiento reclamado tenga importancia;⁵²² esta importancia depende de los intereses de las partes; lo que se quiere tutelar es una situación de equilibrio de un sistema de intereses.⁵²³

Es necesario, como se ha adelantado que la resolución sea pedida judicialmente, porque ella no opera de pleno derecho; "es necesario que la parte interesada ejercite la acción correspondiente, para que después de oídos los contendientes pueda ser motivo de pronunciamiento el punto; y así también habrá de hacerse para hacer valer las responsabilidades que dimanen del incumplimiento; aunque la acción es resolutoria carezca de interés actual".⁵²⁴ No tiene interés la acción cuando por alguna otra razón se ha producido la ineficacia del negocio.⁵²⁵

En ciertos casos de excepción la resolución opera de derecho, como en el caso de la cláusula resolutoria expresa y el término final.⁵²⁶

517. V. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, supra 2, p. 269.

518. MESSINEO, *op. cit.*, supra 4, p. 679. "...la relevancia respecto a la realización de los efectos de un hecho sobreviniente es lo que agrupa todas las hipótesis de resolución y justifica la unitariedad de la terminología". SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, supra 3, p. 269. V. tamb. BRANCA, *op. cit.*, supra 158, p. 95.

519. CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, supra 95, p. 385. y BETTI *op. cit.*, supra 35, p. 373.

520. V. MESSINEO, *op. cit.*, supra 4, p. 687.

521. "El incumplimiento de un contrato legitima el ejercicio de la acción para que los tribunales declaren la resolución, y la intervención de estos es indispensable" SALA DE CASACION No. 107 de 2 de setiembre de 1970.

522. FRANCESCHELLI, *op. cit.* supra 57, p. 374.

523. PUGLIATTI, *op. cit.*, supra 53, p. 172.

524. SALA DE CASACION, No. 115 de 16 hrs. de 6 de octubre de 1976.

525. "Habiendo expirado el contrato por el vencimiento del plazo, y en consecuencia no existiendo ya convenio alguno entre las partes, ninguna razón legal asiste al recurrente para alegar que la actora debió haber pedido que se declarara resuelto el contrato pues la acción resolutoria se concede para que se deshagan por la vía judicial los contratos pendientes, lo cual excluye la posibilidad de que esa acción puede tener cabida tratándose de un contrato que terminó por otra de las causas que la ley señala, una de ellas la expiración del plazo estipulado". SALA DE CASACION, No. 74 de 10 hrs. del 31 de julio de 1969. TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 640 de 14 y 15 hrs. del 21 de setiembre de 1973.

526. V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, supra 57, p. 375.

Aunque en la anulabilidad y la resolución hay (en ambos casos) una eliminación de efectos, entre estas figuras hay claras diferencias, como se ha visto; ellas se resumen en que "la anulabilidad presupone un vicio congénito del supuesto causal, a consecuencia del cual el Derecho formula para la programación negocial un juicio negativo, que a su vez se resuelve en la atribución al supuesto (inválido) de efectos precarios y eliminables. Resolubilidad tiene que ver en cambio, con un supuesto no viciado y la atribución a éste de efectos jurídicos definitivos: la resolución con sus reflejos sobre la eficacia es debida a un hecho que se verifica en la fase de actuación del programa negocial, en sus elementos subjetivos u objetivos, un hecho que sobreviene al ciclo de formación del negocio y no puede referirse, desde un punto de vista de teoría general, a los vicios relativos al supuesto".⁵²⁷

c- *La resolución convencional*

1. *La cláusula resolutoria*

La eliminación de eficacia por factores sobrevinientes puede estar determinada negocialmente por las mismas partes mediante lo que se denomina "cláusula resolutoria".⁵²⁸ Ella consiste en "cualquier determinación que prevea o en general discipline la resolución de los efectos descendientes del negocio mismo. En este sentido pertenecen, por ejemplo, a la categoría de las cláusulas resolutorias (o resolutorias) la previsión de una condición resolutoria, en sentido técnico, la atribución de una facultad de receso unilateral, y la especificación de la resolución de un acto de liberalidad por incumplimiento del 'modus' ".⁵²⁹

Se ha sostenido que "la cláusula resolutoria expresa da lugar a un medio extraordinario por el cual en los contratos con prestaciones recíprocas, una parte, en el caso en que se verifique el previsto incumplimiento de la contraparte puede obtener la resolución de la relación, prescindiendo de las vías normales y mediante un acto de voluntad suyo".⁵³⁰

2. *En particular sobre la condición resolutoria*

Cuando la condición es resolutoria el negocio tiene eficacia mientras tanto como si fuese puro y simple, de modo que si tiene por contenido la adquisición de un derecho, éste entra en la esfera jurídica del adquirente, quien puede ejercitarlo; el alienante, por su parte, puede realizar actos conservativos, en vista de la eventual verificación de la condición.⁵³¹ Si bien es cierto que cuando se verifica la condición resolutoria cesa la eficacia⁵²² del mismo modo que cesa con la anulación,⁵³³ debe tener presente que la segunda se origina en un estado patológico inicial del negocio mientras que la condición resolutoria deriva de una particular disciplina del acto establecida por las partes.

527. TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 15.

528. V. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 683.

529. BUSNELLI, Francesco, *Clausula resolutoria*. Milano, Giuffrè-ed. 1960, p. 1.

530. BUSNELLI, op. cit., supra 529, p. 1 y sentencias citadas en nota 525.

531. V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

532. SALA PRIMERA CIVIL. No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

533. V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 243.

BIBLIOGRAFIA

- ANSON, *Principles of the English Law of contracts*, Oxford, 1965.
- ALVAREZ, Teodoberto, *Derecho Civil, Teoría de los actos jurídicos*, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1949.
- AQUINO, Tomás de, *Summa Teologica*, Editorial Difusión, Buenos Aires, 1944.
- ARIAS RAMOS, J., *Derecho Romano*, I Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- ARIAS, Juan Luis, *Apuntes del Curso de Derecho Civil – Obligaciones*, Facultad de Derecho, 1969.
- BARASSI, Lodovico, *Istituzioni di diritto civile*, Giuffrè-ed. Milano, 1955.
- BARBERO, Domenico, *Studi di teoria generale del diritto*, Giuffrè-ed. Milano, 1963.
- BARCELONA, P. *Errore*, *Enciclopedia del diritto*, Vol. XV. Milano, 1966.
- BARCELONA, Pietro, *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Jovene, Napoli. 1972.
- BARCELONA, Pietro, *I controlli della libertà contrattuale, Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971.
- BARCELONA, P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.
- BAUDRY-LACANTINERIE, ET P. DE LOYNES, *Traité theorique et pratique de Droit Civil*, Tome Deuxieme, Deuxieme edition, Paris, 1899.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BLANCO, Miguel, *Las nulidades procesales y su trascendencia económica*, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 11 Facultad de Derecho, San José. 1968.
- BOBBIO, Norberto, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino. 1955.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- BONET, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte general, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.
- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, Parte General, II, 1970.
- BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna, 1973.