

Eficacia e ineficacia del negocio jurídico

LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON

SUMARIO: *Parte Primera.*—LA EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO. I. INTRODUCCIÓN.—1. El dogma voluntarista y el dogma preceptivista en relación con la eficacia del negocio.—2. Negocio y realidad jurídica.—II. LA EFICACIA INTER PARTES DEL NEGOCIO.—1. Eficacia constitutiva.—2. Eficacia modificativa.—3. Eficacia preceptiva.—4. Eficacia declarativa.—5. Eficacia extintiva.—6. Eficacia definitiva y eficacia preliminar del negocio.—III. LA EFICACIA DEL NEGOCIO RESPECTO DE TERCEROS.—1. El dogma de la eficacia relativa del negocio; fundamento y crítica.—2. Eficacia directa del negocio para terceros.—3. Eficacia indirecta del negocio para terceros: a) La eficacia refleja del negocio; b) La eficacia provocada del negocio: aa) Oponibilidad del negocio a terceros; bb) Utilizabilidad del negocio por los terceros.—*Parte Segunda.*—LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.—I. DEFINICIÓN DE LA INEFICACIA.—1. La idea general de ineficacia.—2. La ineficacia como sanción del negocio irregular.—3. La relación entre irregularidad e ineficacia; los tipos de irregularidad.—II. LOS TIPOS DE INEFICACIA.—1. La distinción entre invalidez e ineficacia.—2. La distinción entre inexistencia e ineficacia.—3. Tipificación; las clases de ineficacia: a) Automática y provocada; b) Originaria y sobrevenida; c) Absoluta y relativa; d) Total y parcial; e) Estructural y funcional; f) Sanable e insanable.—III. EL CONTENIDO GENERAL DE LA SITUACIÓN DE INEFICACIA.—1. Las consecuencias del negocio ineficaz: la regla *nullum effectum*.—2. La reacción del orden jurídico frente al negocio ineficaz: a) Inexigibilidad; b) Irrelevancia; c) Desaparición; d) Consolidación; e) Propagación,

PARTE PRIMERA

LA EFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO

I. INTRODUCCIÓN

El negocio jurídico (1) es, según sabemos, «una reglamentación autónoma de una situación jurídica» (2). Cuando nos pregun-

(1) Sobre el tema del negocio jurídico se siguen, en general, las obras de BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, sec. ristampa, Torino, 1955; CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, trad., prólogo y notas de M. ALBADALEJO, Madrid, 1957; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; STOLFI, *Teoria del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1959; ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958. Se han tenido en cuenta también, muy principalmente, las explicaciones magistrales del profesor CASTRO.—Además, pueden verse: SCIALOJA (Vittorio), *Negocios*

tamos por la «eficacia del negocio jurídico» significamos el despliegue de mutaciones en el mundo de la realidad jurídica que la entrada en vigor de esta autónoma reglamentación trae ineludiblemente consigo.

1. ¿Qué ocurre en el mundo jurídico cuando un negocio ha sido celebrado? Ocurre, se suele contestar, una realización, esto es, una conversión en realidad, del propósito de las partes (3). El efecto negocial se produce en cuanto que ha sido querido y porque ha sido querido. La eficacia del negocio sería así una inserción de lo querido en el plano de la realidad. Esta explicación no me parece suficiente (4). A través de ella no se comprende cómo el negocio produce también unos efectos que no han sido queridos, ni propuestos: los contratos, dice el artículo 1.258, «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Dentro del cuadro general de los efectos del negocio (eficacia negocial típica) podemos distinguir un grupo de efectos que se producen como realización práctica de un propósito lícito y tutelado por el ordenamiento jurídico y otro grupo de efectos que se producen por imperio de la ley (eficacia negocial *ex lege* o eficacia legal), donde a su vez pueden subdistinguirse los efectos antepuestos a la disposición privada (eficacia legal imperativa) y los efectos postpuestos al ordenamiento privado y que sólo funcionan en defecto de él (eficacia legal dispositiva o supletoria) (5).

Pues bien, si la eficacia del negocio no es la realización de

jurídicos, trad. esp. de PELSMAEKER, Sevilla, 1942; CALASSO, *Il negozio giuridico (Lezioni di Storia del Diritto italiano)*, Milano, 1959; ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en Derecho romano*, Madrid, 1954.—Para la doctrina alemana, se ha usado, sobre todo, los comentarios de RIEZLER, en STAUDINGER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1908; y de HEFERMIEHL, en SOERGEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart, 1959; el libro de LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1960; el de VON THIR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlín, 1957; además, ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15.ª edic. Tübingen, 1960.

(2) Se toma partido decididamente en favor de la llamada teoría preceptivista u objetiva y se define y se concibe el negocio como expresión de la autonomía privada. Sobre esto, además de BETTI, cit., págs. 37 y sigs., ROMANO (Salvatore), *Autonomia privata*, Milano, 1957; SANTI ROMANO, *Autonomia*, en «Frammenti di un Dizionario Giuridico», Milano, 1953, págs. 25 y sigs. En la doctrina alemana puede verse, sobre el tema, HUBER, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, 1936; MANNIG, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, 1938, y FLECKE, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, 1960.

(3) La consagración del propósito perseguido, dice CARLOTTA FERRARA, *Op. cit.*, pág. 568.

(4) Vid. la crítica del dogma de la voluntad en BETTI, *Op. cit.*, págs. 51 y sigs.; también en *Declarare voluntatem nella dogmatica bizantina*, «Studi in memoria di E. Albertario», Milano, 1950, II, págs. 421 y sigs.

(5) Sobre este tema, CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. 1, Madrid, 1949.

una voluntad, ¿qué es lo que acontece cuando el negocio ha sido celebrado? En rigor, lo que hay es la instauración de la reglamentación contenida en el negocio y, por ello, la necesidad de que las partes ajusten su conducta a esta reglamentación. Hay, pues, inmediatamente, un deber de respeto del negocio, un deber de observancia del negocio: las partes tienen que cumplir todo aquello que el negocio les impone y pueden hacer todo aquello que el negocio les autoriza (deberes y poderes negociales) (6).

2. Al mismo tiempo el negocio, la aparición del negocio, altera la realidad jurídica anterior. Para la más antigua doctrina el negocio jurídico se mueve siempre en el terreno del «derecho subjetivo»: crea, modifica o extingue un derecho subjetivo (7). El derecho subjetivo es, sin embargo, un círculo demasiado angosto como ámbito de eficacia del negocio. En virtud del negocio se crean o se modifican también deberes jurídicos, facultades, titularidades, poderes, etc., que no son técnicamente derechos subjetivos. El negocio, suele decirse hoy, se mueve siempre en el ámbito de la «relación jurídica»: crea, modifica o extingue relaciones jurídicas (8). Aun sin negar que esta fórmula es para la mayor parte de los casos satisfactoria, yo creo que el ámbito del negocio jurídico es mayor aún: afecta incluso a «situaciones jurídicas» que no llegan a revestir el carácter de relaciones jurídicas (9).

Esta «eficacia del negocio» se produce o puede producirse en dos vertientes distintas, según que afecte o que incida en la situación jurídica de las personas que han dado vida al negocio o que son destinatarias del mismo o en la situación de otras personas que han sido ajenas a su celebración. En el primer caso, hablamos de una «eficacia inter partes del negocio»; en el segundo caso, de «eficacia del negocio respecto de terceros».

(6) Cfr. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1958.

(7) V. ENNECERUS, *Op. cit.*

(8) BETTI, *Op. cit.*, págs. 51 y sigs.; CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 568 y sigs.

(9) La relación jurídica supone siempre una situación en la que se encuentran dos o más personas. Es nota esencial, a nuestro juicio, a la idea de relación jurídica, la bilateralidad o la plurilateralidad, es decir, la existencia de dos o más sujetos en relación. Los sujetos, además, deben ser concretos y determinados: no cabe hablar, por ejemplo, de una relación jurídica de una persona con el resto de la comunidad. De aquí se sigue que una situación jurídica unisubjetiva o unipersonal no es, según esta idea, una auténtica «relación jurídica». Podrá, si se quiere, emblearse otro concepto, v. gr.: «estado», «situación», etc., pero no el de relación jurídica. Pues bien, no cabe duda de que mediante un negocio jurídico pueden quedar afectadas estas situaciones unipersonales o unisubjetivas (p. ej., el estado civil de la persona; el dominio como situación individual por los negocios de ocupación o de abandono de la cosa; etc.).

II. EFICACIA INTER PARTES DEL NEGOCIO

Entre las partes todo negocio jurídico supone siempre la creación, la modificación, la determinación del contenido, la declaración o la extinción de una situación jurídica.

El repertorio de modos de eficacia de un negocio jurídico entre las partes es, pues, el siguiente.

1. *Eficacia constitutiva del negocio.*—Entre las partes, como consecuencia del negocio, surge una relación jurídica que antes no existía. El negocio crea la relación jurídica, la dota de sentido y la atribuye una peculiar naturaleza. Por ejemplo: la relación conyugal como consecuencia del acto de celebración de un matrimonio; la relación de seguro como consecuencia del contrato de este nombre, etc.

2. *Eficacia modificativa del negocio.*—El negocio, incidiendo sobre una relación jurídica preexistente, altera el esquema de la estructura o del contenido de esta relación. El negocio produce entonces una «vicisitud» en la relación, una variación, un cambio. Por ejemplo: se aplaza una deuda, se estipula un pago en una especie distinta de la pactada, etc.

3. *Eficacia preceptiva del negocio.*—El negocio establece o determina el conjunto de deberes, cargas, poderes, derechos subjetivos, facultades, titularidades, etc., que las partes van a ostentar en virtud de la relación jurídica que entre ellas existe o puede existir en el futuro. El negocio representa entonces la regla ordenadora del régimen jurídico de esta relación. Por ejemplo: se pacta el deber jurídico de Ticio de proporcionar a Cayo el disfrute del fundo Corneliano; el deber jurídico de Cayo de pagar en tiempo determinado una suma de dinero; el poder de Cayo de hacer obras en el fundo, etc.

4. *Eficacia declarativa del negocio.*—El negocio constata o aclara la existencia o el significado de la relación jurídica existente entre las partes o bien constata o aclara el significado de las declaraciones contenidas en un negocio anterior. En el primer caso —cuando lo que se constata o aclara es la existencia o la significación de la relación jurídica— se habla de «negocio de fijación» (*Feststellungsgeschäft*, «negozio d'accertamento») (16). En el segundo caso, cuando lo que se aclara es el significado de las

(16) VIE. FURNO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp. de SANCHE MENDOZÁBAL, Madrid, 1957; STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, «Riv. dir. proc. civ.», 1933, I, págs. 132 y sigs.; CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, en la misma Revista, 1940, I, págs. 3 y sigs.; SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1956, págs. 1 y sigs.; CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942; TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, «Studi in onore di Eula», III, Milano, 1957, págs. 405 y sigs. GIORGIANNI, *Accertamento (Negozio di)*, en la «Enciclopedia del Diritto», vol. I, pág. 227.—En la doctrina alemana, TACKERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934.

declaraciones contenidas en un negocio anterior, hablamos de negocio interpretativo o de «eficacia interpretativa del negocio» (11).

5. *Eficacia extintiva del negocio.*—Se presenta este tipo de eficacia cuando, como consecuencia del negocio, desaparece y deja de existir la relación jurídica que entre las partes se hallaba establecida. Por ejemplo, mutuo disenso.

6. *Eficacia preliminar o previa.*—Junto a este repertorio de tipos de eficacia, que pueden llamarse eficacia definitiva del negocio, cabe pensar también en una eficacia preliminar o previa (FRITTING hablaba de una *Vorwirkung*, esto es de una «preeficacia», y RUBINO, de una «eficacia prodrómica») (12), para designar los efectos que en un supuesto negocial complejo (v. gr. negocio de formación progresiva (13), negocio sometido a condición (14), etcétera) se producen cuando han aparecido algunos, aunque no todos, los elementos de la *species facti*.

III. EFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO RESPECTO DE TERCEROS

Hay una «eficacia respecto de terceros» (15), cuando el negocio incide y afecta de alguna manera a la situación jurídica de personas que han sido totalmente ajenas a la realización del negocio y que no son tampoco destinatarios del mismo (16).

(11) CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 607 y sigs.; BETTI, pág. 251; STOLFI, pág. 223; ALBADALEJO, pág. 331; también MOSCO, *Principi sulla Interpretazione dei negozi giuridici* y nuestras observaciones en *La pluralidad de testamentos*, «Rev. Der. Not.», 27, 1960.

(12) Vid. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

(13) Sobre el tema MESSINEO, en *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952; CARNELUTTI, *Formazione progresiva del contratto*, en «Riv. Dir. Comm.», 1916, II, págs. 308 y sigs.

(14) Vid. MAGNO (Donato), *Studi sul negozio condizionato*, Roma, 1930. SCIALOJA, *Op. cit.*, pág. 122; ZAPPULLI, *Condizione nei negozi giuridici*, «Nuovo Dig. it.», III, Torino, 1938, pág. 724.

(15) Vid. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Napoli, 1916; WEIL, *La relativité des conventions en droit privé français*, París, 1930.

(16) Sería necesario llevar a cabo una tipificación de las diversas personas que de alguna manera se relacionan con un negocio jurídico. La doctrina usual se limita a establecer una sencilla distinción entre partes y terceros (agrupando en esta idea a todo al que no es parte) que no se corresponde bien con la realidad. El círculo de sujetos que pueden de alguna manera relacionarse con un negocio jurídico, cabría escalonarlo así: a), los autores del negocio y, entre ellos: el emitente de la declaración o autor en sentido estricto; el titular de los intereses reglamentados por el negocio, aunque no haya emitido la declaración (p. ej., representado), que es la «parte» en sentido estricto; los demás de quienes los autores se hayan servido; b), los destinatarios del negocio, entre los cuales pueden mencionarse, en primer lugar, las personas a quienes la declaración es dirigida o por quienes debe ser recibida (p. ej., en un negocio unilateral recepticio) y, en segundo lugar, las personas que sin haber tenido parte en la realización del negocio son beneficiarias de las disposiciones contenidas en el mismo; c), los cointerésados o «privies» de que habla el Derecho anglosajón (cfr. RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912, págs. 77 y sigs.); d), los totalmente extraños o ajenos al negocio.

1. Para los terceros, se suele decir, el negocio es *res inter alios acta* (17), un asunto hecho entre otros. Por esto, el negocio no puede desplegar eficacia en la esfera jurídica de los terceros, ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec prodest, nec nocet*). Este principio de la falta de eficacia del negocio respecto de terceros o de la limitación de la eficacia del negocio a la órbita de las partes que lo han realizado (*the privacy of contract*, de que habla el Derecho inglés) (18), posee un claro fundamento. El negocio es un acto de ejercicio del poder de autonomía privada, y la autonomía consiste en dictar la ley —el precepto— por el que ha de regirse la propia esfera jurídica. Un negocio jurídico con eficacia en la esfera jurídica de terceras personas no sería un acto de autonomía, sino una invasión de la esfera jurídica ajena. El principio de la limitación de la eficacia del negocio a la órbita de las partes que lo han realizado y la consiguiente falta de eficacia del negocio frente a terceros, se encuentra en nuestro Derecho sancionado por el artículo 1.257 del Código civil, conforme al cual «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos». Aunque, en rigor, el campo de aplicación de esta norma viene limitado al régimen jurídico de los contratos —único tipo de negocio que en nuestra ley civil ha sido regulado detalladamente—, no parece haber inconveniente en admitir una generalización de esta regla de limitación de la eficacia a todo tipo de negocio jurídico: «sólo producen efecto entre», dice el Código civil.

Mas lo cierto es que el negocio, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia de esta penetración y de esta instalación del negocio en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los negocios ya realizados. Los negocios, que se van realizando, contemplan, se basan en situaciones jurídicas creadas por otros negocios que se realizaron antes. Si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda que este negocio nuestro depende de la firmeza de un negocio anterior, en el que yo no he sido parte, en virtud del cual mi deudor ha adquirido la propiedad de esta cosa. De la misma manera, el hecho de que un hombre y una mujer hayan contraído un matrimonio es algo que no les importa sólo a ellos; otras personas tienen necesariamente que contar con este hecho para determinar, por ejemplo, el grado de capacidad de la mujer, la condición de los hijos o la cualidad de los bienes. IHERING, en un artículo publicado en los *Jahrbücher für die Dogmatik*, en 1871, hablaba, por eso, de *Reflexwirkungen* o de *Rückwirkungen rechtli-*

(17) Vid. MIRCEA POPESCO, *La règle res inter alios acta*, París, 1934.

(18) Vid. ANSON, *Principles of the english Law of Contract*, 9.^a edic., por BRIERLY, Oxford, 1945; POLLOCK, *Principles of contract: a treatise on the general principles concerning the validity of agreements in the Law of England*, 9.^a edic., London, 1921.

cher Tatsachen auf Dritte Personen (19), GIOVENE demostró que existe todo un círculo de eficacia del negocio jurídico frente a los terceros (20), y SAVATIER, en un artículo publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, en 1934, criticó muy agudamente el pretendido principio de la eficacia relativa de los contratos (21). Convengamos, desde ahora, en que el negocio jurídico, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros. Existe en nuestro Código civil una pluralidad de preceptos que van quitando a la regla del artículo 1.257 —«los contratos sólo producen efecto entre las partes»— mucha de la fuerza que, a primera vista, parece tener. Examinando con atención la urdimbre finísima del ordenamiento jurídico, acaso podamos llegar a la conclusión —que hace un rato nos hubiera parecido chocante— de que todo negocio puede desplegar alguna eficacia respecto de los terceros, siempre que se haya celebrado con los requisitos de publicidad y de seguridad que el ordenamiento jurídico considera necesarios (22). El artículo 1.230 del Código civil, al establecer que «los documentos privados, hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero», nos está diciendo, si lo interpretamos en sentido contrario, dos cosas que parecen enormemente importantes: una, que nada impide que estos documentos privados surtan efecto «a favor de tercero»; otra, que pueden producir efecto contra tercero los documentos públicos otorgados para

(19) «De la misma manera —dice IBERING, en el lugar cit., págs. 245 y sigs.— que en el mundo físico o moral, un absoluto aislamiento de un asunto jurídico o de un supuesto de hecho jurídico no es en sí mismo posible. Todo asunto, todo suceso, así como por una parte aparece condicionado y determinado por elementos exteriores, actúa él mismo hacia afuera. Todo se relaciona en el mundo jurídico. No hay apenas ningún supuesto o fenómeno de derecho privado, sea de derecho de familia, sea de derecho patrimonial, al cual no puede ligarse, junto a los efectos directos para sus destinatarios, otros efectos para terceras personas. El nacimiento y la muerte de un hijo no afecta sólo a los titulares de la relación —el hijo y el padre—, sino a todos los demás parientes. La celebración de un matrimonio no origina sólo una relación jurídica entre los cónyuges, sino que afecta también, según el Derecho romano, a los acreedores, a través del privilegio prendario que va unido a la pretensión dotal. La arrogación no limitaba —añade— sus efectos a su fin peculiar —llevar al arrogado a la potestad del arrogante—, sino que afectaba en el viejo Derecho romano a los derechos de los acreedores y a los derechos hereditarios de los parientes de las partes. Finalmente el círculo de personas afectadas por un supuesto sucesorio es amplísimo (herederos, legatarios, albaceas, sustitutos, acreedores, etc.)» De todo ello deduce IBERING la imposibilidad del aislamiento de los efectos de un fenómeno jurídico en la órbita de las personas que son sus inmediatos titulares o partes (Die Isolierung —dice— der Wirkungen der rechtlichen Thatsachen auf die Person des unmittelbar Beteiligten ist eine Unmöglichkeit).

(20) GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, cit., Napoli, 1916.

(21) *Le prétendue principe de l'effet relatif des contrats*, en loc. cit., págs. 525 y sigs., si bien se refiere únicamente a los contratos y no a los negocios jurídicos en general.

(22) Cfr. SAVATIER, pág. 527; BETTI, pág. 264.

alterar el contenido de otro documento público, conclusión que refuerza el artículo 1.219, cuando dice que las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados «sólo producirán efecto frente a tercero, cuando el contenido de aquélla hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero». El problema del negocio jurídico, en relación con los terceros, es, ante todo, un problema de publicidad y de seguridad. Esto lo demuestran: el artículo 1.280, cuando exige la escritura pública para los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años, siempre que deban «perjudicar a tercero», para las capitulaciones matrimoniales y la constitución o aumento de la dote, «siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas» y para el poder que tenga por objeto un acto que «haya de perjudicar a tercero»; el artículo 1.865, al decir que la prenda surte efecto frente a tercero cuando consta por instrumento público la certeza de la fecha; y el artículo 1.526, cuando dispone que la cesión de un crédito, derecho o acción surte efecto frente a tercero desde que su fecha se tenga por cierta.

2. Hay, pues, un evidente círculo de eficacia del negocio jurídico respecto de terceras personas. Para captar en toda su amplitud la trascendencia del fenómeno negocial en orden a los terceros, me parece necesario distinguir entre la eficacia directa del negocio jurídico y la eficacia indirecta. La eficacia directa —eficacia constitutiva, modificativa, preceptiva, declarativa, extintiva— se desarrolla normalmente en la órbita de las partes. Sólo de una manera excepcional produce el negocio jurídico una eficacia directa en la esfera de los terceros. El principio de la eficacia relativa es, pues, cierto, dice SANTORO-PASSARELLI, referido a la eficacia directa (23). Únicamente se produce esta eficacia directa del negocio en la esfera de los terceros cuando una norma jurídica la preceptúa y en la medida en que la preceptúa. El matrimonio, negocio jurídico celebrado entre marido y mujer, tiene, por ejemplo, una eficacia directa en la relación de filiación que liga a los padres con los hijos nacidos con anterioridad, convirtiendo una filiación natural en filiación legítima (art. 1.20, 1.º). Quien de buena fe celebra con el titular aparente, *non dominus*, un negocio traslativo adquiere el dominio de la cosa; el negocio celebrado entre el adquirente de buena fe y el titular aparente produce, como efecto directo, la pérdida de la propiedad por el *verus dominus*.

La eficacia directa del negocio jurídico en la esfera de los terceros es, repetimos, excepcional. No puede construirse una figura jurídica de carácter general de donde resulte una eficacia directa para terceros. No hay eficacia directa para los terceros en

(23) *Le dottrine generale del Diritto Civile*, Milano, 1956.

el llamado «contrato en favor de tercero»; el tercero sólo adquiere el derecho cuando hace saber su aceptación y se convierte en parte del negocio. Tampoco existe eficacia jurídica directa en los «contratos en daño de tercero»: el derecho o la acción del tercero nacen aquí del daño, no del negocio. La llamada «promesa del hecho de un tercero» liga únicamente a promitente y promisorio, si el tercero no realiza ninguna declaración de voluntad y, si la realiza, el efecto para él surge del negocio que él mismo ha realizado (24).

3. Junto a la eficacia jurídica directa no tenemos más remedio que admitir una eficacia jurídica indirecta, desarrollada a través de las situaciones creadas o modificadas por el negocio. Esta eficacia jurídica indirecta es de dos clases:

a) Puede hablarse de una eficacia refleja (25) cuando un negocio jurídico repercute en la esfera ajena en virtud de un fenómeno de conexión entre diversas relaciones jurídicas. Obsérvese que ya no hablamos de una «incidencia», sino de una «repercusión» del negocio, porque repercutir expresa precisamente esta idea de causar efecto una cosa en otra ulterior. Una conexión entre relaciones jurídicas existe cuando varias relaciones se encuentran, respectivamente, *supra* y subordinadas, cuando coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente y cuando una de ellas deriva y descansa en otra que le sirve de base (26). El negocio jurídico celebrado por los sujetos de una cualquiera de estas relaciones jurídicas determina una eficacia directa en la relación interpartes y una eficacia refleja o de repercusión en la relación derivada, subordinada o coexistente. Pensemos que un pacto entre acreedor y deudor extingue la fianza, que la compraventa de una cosa puede dar lugar a la extinción de los arrendamientos y que la cesión de un crédito implica una modificación de la relación obligatoria en la cual es parte el deudor cedido.

b) Podemos, en cambio, hablar de una eficacia provocada del negocio jurídico en relación con los terceros, cuando el negocio jurídico es utilizado como fundamento de una toma de actitud o de una pretensión por iniciativa de cualquiera de los titulares de los intereses en juego. Me explicaré. Pueden presentarse estos dos diversos fenómenos:

(1) que las partes del negocio o una cualquiera de ellas funden en el negocio jurídico que han celebrado, una pretensión dirigida contra un tercero o bien que opongan la celebración del negocio a la pretensión mantenida por el tercero frente a ellas;

(2) que sea el tercero quien se sirva de la celebración del ne-

(24) Sobre las tres figuras del «contrato en favor de tercero», el «contrato en daño de tercero» y la «promesa del hecho de un tercero», vid. la obra cit. de GIOVENÈ.

(25) Vid. la idea de «eficacia refleja» en CARIOTA FERRARA, *Op. cit.*, págs. 570.

(26) Cfr. CASTRO, *Op. cit.*, vol. I, págs. 561 y sigs.

gocio como fundamento de su pretensión contra las partes o de su contestación a una pretensión de las partes (27).

En el primero de estos casos hablamos de «oponibilidad» del negocio jurídico frente a terceros; en el segundo caso, de «utilización» o, mejor, de «utilizabilidad» del negocio por el tercero. En la primera de estas hipótesis las partes ejercitan una pretensión contra el tercero, tomando como base su propio negocio; en la segunda, es el tercero quien se sirve, quien utiliza, el negocio en apoyo de su pretensión frente a las partes. Estas dos actitudes, radicalmente diversas, están, por ejemplo, perfectamente matizadas en los artículos 24 y 29 del Código de Comercio. «Las escrituras de sociedad no registradas —dice el primero de estos artículos— surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable». «Los poderes no registrados —dice el artículo 29— producirán acción entre el mandante y el mandatario, pero no podrán utilizarse en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá fundarse en ellos en cuanto le fueren favorables» (28).

a) La categoría de la oponibilidad, defectuosamente estudiada por la doctrina, ha sido analizada casi únicamente en su aspecto negativo (inoponibilidad) (29). La inoponibilidad se contempla como una consecuencia de la ineficacia y también como una consecuencia de la falta de publicidad de un negocio eficaz. Mas la idea de inoponibilidad presupone la de «oponibilidad», que no significa eficacia directa o refleja del negocio en la esfera de los terceros, sino simplemente posibilidad de que las partes funden eficazmente en su propio negocio una pretensión dirigida contra el tercero. Frente a un tercero que se presenta como adquirente de una cosa, las partes oponen un negocio de transmisión anterior y preferente. La «oponibilidad» así entendida es un efecto normal del negocio jurídico, siempre que las partes hayan cumplido la

(27) Cabe observar que aquí salimos ya de la órbita estricta de la «eficacia del negocio jurídico» para adentrarnos en lo que se podría llamar la susceptibilidad o la idoneidad del negocio para fundar en él una pretensión, pero siempre sería cierto que la posibilidad de que alguien tome el negocio como fundamento de una pretensión es un efecto, indirecto si se quiere, del negocio mismo. La raíz, sin embargo, de todo el problema que vamos a estudiar se halla aquí: en esta idoneidad del negocio para convertirse en fundamento de pretensiones, en el hecho de que el ordenamiento jurídico atribuya al negocio este valor de posible fundamento de una pretensión.

(28) Las dos actitudes están, decía, perfectamente matizadas: a), en el artículo 24 se permite que el tercero pueda utilizar la escritura de sociedad no registrada «en lo favorable», y se impide, en cambio, que el tercero pueda ser perjudicado por la escritura; b), de la misma manera el artículo 29 admite que el tercero pueda «fundarse en» un poder no registrado en cuanto le fuere favorable, pero no consiente que el poder sea utilizado en perjuicio de tercero.

(29) Vid. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.—FERRARA SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Roma, 1939.

carga de dar a su negocio la publicidad y el carácter fehaciente que el ordenamiento jurídico exige.

bb) Al lado de la oponibilidad del negocio jurídico frente al tercero, se sitúa la utilizabilidad por el tercero del negocio jurídico ajeno para sus propios fines. No existe inconveniente en que el tercero se sirva del negocio ajeno en su conducta frente a las partes. Las razones que pueden aconsejar una limitación de la oponibilidad no funcionan aquí. La posibilidad de hacer jugar el negocio jurídico frente a sus autores no es problema de publicidad, sino de prueba. El tercero puede siempre servirse del negocio ajeno frente a las personas que lo realizaron. El acreedor, por ejemplo, se sirve del negocio de adquisición celebrado por su deudor con otra persona a fin de proceder a ejecutar su crédito sobre los bienes adquiridos.

PARTE SEGUNDA

LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO

Diseñada así, muy a grandes trazos, la doctrina sobre la «eficacia del negocio jurídico», debemos pasar a sentar las líneas generales de la doctrina de la ineficacia. No es posible ahora realizar un estudio completo y exhaustivo. Voy a limitarme, por ello, a ensayar lo que podíamos denominar una teoría general de la ineficacia del negocio jurídico (30), dejando para otro momento el estudio de los tipos concretos que la ineficacia reviste en el Derecho positivo.

(30) Vid. ALBALADEJO, *Invalidez de la declaración de voluntad*, A. D. C., X, 4, pág. 985; BORRILL, *Nullidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, BARCELONA, 1947; LAVANDERA, *Nullidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil*, R. D. P., 1913, pág. 171; MORENO MOCIONI, *Las irregularidades en el negocio jurídico*, R. D. P., 1946, pág. 41; TRAVIESAS, *Sobre nulidad jurídica*, R. G. L. J., 1944, pág. 125.—En la doctrina francesa: BIRET, *Traité des nullités de tous genres*, París, 1823 3; DROGOT, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Aix, 1902; JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques.—Essai d'une théorie nouvelle*, París, 1909; LUTZESCO, *Théorie et pratique des nullités*, París, 1938 (de esta obra hay una traducción al castellano, México, 1945); PERRIN, *Traité des nullités de droit en matière civile*, Coust.-Saunier, 1816; SOLON, *Théorie sur la nullité en matière civile*, París, 1835.—En la doctrina italiana: CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*; FERRARINI, *L'invalidità degli atti giuridici*, Modena, 1908; FEDALE, *L'invalidità del negozio giuridico di Diritto privato*, Torino, 1943; FINZI, *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921; SCIALOJA, *Nullità e inefficacia*, «Saggi di vario Diritto», 1927, II, pág. 28.—En la doctrina alemana: ALEXANDER, *Begriff der Unwirksamkeit*, 1903; GOETTINGER, *Des Begriff Unwirksamkeit im B. G. B.*; LEHMANN, *Nichtigkeit*, en el «Handwörterbuch der Rechtswissenschaft», IV, pág. 206; MANICK, *Unwirksamkeit*, en el mismo diccionario, VI, pág. 292; OERTMANN, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, R. D. P., 1929, pág. 67; WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleons von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847.

I. DEFINICIÓN DE LA INEFICACIA

1. Definir la «ineficacia» y situarla en el campo de los conceptos jurídicos es tarea sumamente difícil (31). ¿Qué es la ineficacia? En sentido vulgar ineficacia es una idea negativa que denota la falta de eficacia, carencia total de efecto. Algo ha sido ineficaz cuando ha sido inútil, inservible para los fines que esperábamos obtener. En cambio, cuando algo no produce todos los resultados que esperábamos, aunque sí alguno, decimos que ha sido «poco eficaz», pero no que ha sido ineficaz. En el campo del Derecho acontece, sin embargo, algo que es enormemente curioso. Lo «ineficaz» tiene a veces consecuencias, efectos. En Derecho con el calificativo de «ineficaz» designamos:

(1) un negocio sin ningún efecto, irrelevante jurídicamente (un testamento verbal),

(2) un negocio que produce parcialmente el resultado previsto (un testamento con injusta desheredación de un legionario),

(3) un negocio que produce un resultado imprevisto y extraordinario (responsabilidad del notario por la falta de valor del testamento),

(4) un negocio plenamente eficaz de momento que deviene posteriormente ineficaz (testamento atacado por vicio de voluntad del testador).

Si los juristas obráramos con lógica al rotular los fenómenos jurídicos tendríamos que establecer alguna graduación. Por ejemplo:

(1) lo «ineficaz», cuando no se da ningún efecto,

(2) lo «limitadamente eficaz», cuando se da alguno de los efectos esperados, pero no todos,

(3) lo «anormalmente eficaz», cuando el efecto producido no se corresponde con el efecto típico esperado; y

(4) lo «claudicantemente eficaz» o lo «fugazmente eficaz», cuando se da una plena eficacia que después desaparece.

Sin embargo, cuando hablamos de ineficacia de un negocio jurídico nos estamos refiriendo a todo este heterogéneo mundo conceptual. Ello hace enormemente difícil sentar una doctrina clara y enormemente difícil definir la ineficacia. La única nota rigurosamente común a todas estas especies es la existencia de

(31) Una construcción completa del tema precisaría una amplia investigación acerca de la formación histórica de los dogmas y de las ideas en esta materia que, por razones obvias, no puede ser acometida en este lugar. Sobre ello véase: BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune*, Padova, 1930; HELLMAN, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München, 1914; MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi invalidi*, «Annali della R. Università di Perugia», Messina, 1923; RENARD, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du Droit romain au Moyen age*, «Nouvelle Revue Historique», 27, 1903, pág. 215.

una discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada, entre el plan general de efectos del negocio y la realidad de esta eficacia. Por ello acaso fuera más exacto hablar de «eficacia anormal», que ésta es la idea que, en definitiva, se expresa. La palabra ineficacia (*Unwirksamkeit*) tiene, no obstante, una gran fuerza expresiva y es de más fácil manejo. Conservémosla, pues, con las aclaraciones ya hechas (32).

2. Esta ineficacia que ahora estudiamos es, ante todo, un tipo de sanción, una sanción. Si por sanción nosotros entendemos la reacción de orden jurídico frente a una infracción (33), comprenderemos en seguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular (34). La irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el negocio tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial). Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el más perfecto ajuste entre ambas categorías.

Una irregularidad negocial, una infracción negocial, puede ser sancionada de modos muy diversos por el ordenamiento jurídico. Hay así:

(1) Irregularidades que el Derecho considera irrelevantes, como «el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto» que, aun suponiendo un consentimiento defectuoso, no anula el contrato según el último párrafo del artículo 1.267 ó el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, que no vicia la institución cuando de otra manera puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, según el artículo 773:

(2) Irregularidades negociales relevantes, cuya sanción es sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se ocasionen, como acontece en el segundo inciso del artículo 1.270, conforme al cual el dolo incidental, que es sin duda un vicio del consenti-

(32) Cabría objetar que no es «ineficacia» el término, o la palabra, más apropiado o más adecuado para designar el fenómeno que estudiamos, puesto que, por hipótesis y ya desde ahora admitimos consecuencias o efectos —anormales, extraordinarios, imprevistos, pero efectos al fin— del negocio ineficaz. Hablar de «ineficacia» no deja de ser, en este sentido, una contradicción; más exacto o más riguroso sería hablar de «invalidez» o de «nulidad», en general, pues se aludiría con ello a la carencia de valor del acto. La adopción de una terminología segura y uniforme es importante, aunque sea casi siempre arbitraria; nosotros utilizamos la expresión «ineficacia», aun con todos sus inconvenientes.

(33) Vid. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, «Studi in onore di P. Messineo», Milano, 1959, IV, págs. 3 y sigs.; BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, en «Ius», 1955, pág. 223; MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, en la misma revista, 1956, págs. 86 y sigs.

(34) Cfr. CASTRO, *Op. cit.*, I, págs. 533 y sigs.

miento, no anula el contrato, sino que obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios;

(3) irregularidades negociales sancionadas con una privación de derechos (35) o con una pena pecuniaria (36) o de privación de libertad (37):

(4) irregularidades negociales sancionadas impidiendo la plena eficacia del negocio irregular.

3. ¿Cuáles son entonces las irregularidades que comportan ineficacia? Para resolver este interrogante es preciso que nos preguntemos antes cómo puede ser la irregularidad negocial. Una irregularidad negocial existe cuando:

a) falta alguno de los elementos o de los presupuestos del negocio o cuando

b) el negocio posee todos sus elementos y todos sus presupuestos, pero alguno de ellos se encuentra viciado.

En el primer caso podemos hablar de negocio defectuoso; en el segundo, de negocio viciado. La falta o carencia de un elemento o de un presupuesto es de distinto cariz según que:

a) tenga carácter definitivo, de tal manera que las partes no puedan ya llenar este elemento o este presupuesto, o que

b) no tenga aquél carácter definitivo y las partes puedan todavía llenar el hueco que ha dejado la falta.

Si el negocio adolece de falta de causa es claro que las partes no pueden llenar ya este vacío; en cambio, si al negocio le falta la forma solemne ordenada por la ley o la preceptiva aprobación de un organismo familiar o administrativo, es claro también que este defecto puede, en muchos casos, ser todavía suplido. Ello es normal en los supuestos negociales de carácter complejo. Pueden contraponerse así el negocio imperfecto y el negocio inacabado (TUHR y LEONHARD hablaban de *unvollendete Geschäft*) (39).

Finalmente, cuando el negocio se contempla desde la perspectiva que ofrece dentro de la realidad jurídica, puede hablarse de un negocio aparente, cuando se ha producido un fenómeno jurídico con el aspecto externo de un negocio perfecto y eficaz.

Con estos datos podemos ya volver a preguntarnos por la re-

(35) Los matrimonios contraidos contraviniendo la prohibición del artículo 45 del C. c. son irregulares precisamente por que contravienen la prohibición legal, pero son válidos según el artículo 50. La ley los sanciona con una privación de derechos a los cónyuges que así se hayan casado.

(36) En el antiguo artículo 77, se prevía la imposición de una multa de cinco a ochenta pesetas cuando el matrimonio se celebraba sin dar aviso al funcionario encargado del Registro civil.

(37) P. v. g., en caso de bigamia, y siempre que el negocio irregular constituya delito (v. gr.: estafa, fraude, coacción, falsedad, etc.).

(38) BERTI, *Op. cit.*, pág. 373, hablando de «anormalidades del negocio»; CAROLIA FERRARA, pág. 270.—Sobre el tema, también JACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 86, págs. 51 y sigs.

(39) Vid. LEHMANN, *Op. cit.*, págs. 154 y sigs.

lación que existe entre irregularidad e ineficacia. Sabemos que no toda irregularidad desemboca en ineficacia: hay irregularidades irrelevantes e irregularidades a las que el ordenamiento jurídico aplica otro tipo de sanción. El problema entonces es éste: ¿para que la ineficacia aparezca es menester que el Derecho positivo la decrete expresamente en atención a un tipo concreto de irregularidad o, al contrario, toda irregularidad que no haya sido eximida expresamente por el ordenamiento jurídico comporta la ineficacia. Es éste, seguramente, uno de los puntos más delicados y difícilmente solubles de toda la teoría de la ineficacia. Es además grave, porque de la solución que le demos va a depender nada menos que la posible fuerza expansiva de la ineficacia como sanción general del negocio irregular. En nuestro Derecho, el artículo cuarto del Código civil parece establecer un principio general de ineficacia del negocio irregular, pero no debe olvidarse que, aun en los dominios del artículo 4.º, para que la ineficacia se produzca es menester que una norma jurídica vaya dirigida contra la eficacia del negocio, lo repudie y lo estigmatice como jurídicamente ilícito. Por esto, a nuestro juicio, la ineficacia como sanción se produce cuando una norma jurídica la impone y cuando la reclaman el significado y la finalidad de la norma infringida al celebrarse el negocio (40).

II. LOS TIPOS DE INEFICACIA

El problema central de todo estudio de la ineficacia del negocio jurídico es, sin embargo, el análisis de los tipos de ineficacia negocial, es decir, las formas o modalidades que esta ineficacia puede revestir.

1. La más importante distinción doctrinal que en esta materia se viene estableciendo es la que separa la invalidez (*Ungültigkeit*) de la ineficacia en sentido estricto. Inválido es —se dice— un negocio en el cual alguno de los elementos falta o se encuentra viciado (p. ej., falta de capacidad, vicio del consentimiento) o cuando carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo de negocio a que pertenece. Ineficaz en sentido estricto es un negocio en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, cuando, sin embargo, impide su eficacia

(40) Cfr. CASTRO, *Op. y loc. cit.*, pág. 537. De lo dicho en el texto se deduce que para que la ineficacia aparezca como sanción no es necesario o imprescindible que una norma positiva la decrete. Se deduce también que la irregularidad, no eximida expresamente de sanción, no tiene por qué desembocar en la ineficacia. El problema es una delicada cuestión interpretativa, que sólo puede ser resuelta determinando el significado y la finalidad de la norma infringida y, en definitiva, el sentido de la *ratio juris* que haya inspirado la norma. Habrá, por tanto: a), ineficacia expresamente decretada por la ley; b), ineficacia reclamada por los principios generales del Derecho.

una circunstancia extrínseca a él (p. ej., producción de la condición suspensiva, resolución, revocación) (41).

La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible. No es lo más grave la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido, por lo que invalidez e ineficacia son conceptos iguales. Es que, además, en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no hay en rigor ineficacia, sino, por el contrario, expresión cumplida de la eficacia del negocio: así, por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un negocio. En todos estos casos el negocio es plenamente eficaz; despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia del negocio, sino extinción sobrevinida de la relación o de la situación negocial.

Finalmente conviene tener en cuenta que no existe correlación entre el tipo de irregularidad y el tipo de ineficacia. No podemos, por ejemplo, decir que a la falta total de alguno de los requisitos corresponde un tipo de ineficacia y a la existencia de un requisito viciado un tipo de ineficacia diverso. Del mismo modo, la distinción entre defectos intrínsecos y circunstancias extrínsecas no se corresponde con una distinción entre los tipos de ineficacia. En rigor, una tipificación de las formas de la ineficacia, sólo puede hacerse atendiendo a la ineficacia misma, aislándola de la teoría de las anomalías del negocio jurídico. El ordenamiento jurídico puede ligar a defectos negociales semejantes tipos de ineficacia distintos. Un elemento viciado puede dar lugar a una ineficacia radical (v. gr., causa ilícita) o a una mera impugnabilidad (v. gr., vicio de voluntad). Los tipos de ineficacia deben estructurarse subdividiendo la ineficacia misma.

2. Por la misma razón no puede admitirse tampoco la distinción entre inexistencia e ineficacia (42). De inexistencia cabría hablar únicamente en aquellas hipótesis en que no se haya realizado ningún negocio, ni revista la apariencia de negocio el fenómeno jurídico discutido o calificado; pero cuando, como consecuencia de una conducta real, existe una apariencia de negocio, no debe hablarse de inexistencia, sino de ineficacia. En rigor, el concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa que con base en la jurisprudencia que había establecido el carácter taxativo de las causas de nulidad —*pas de nullité sans texte*—, se vió forzada a construir un concepto distinto que al-

(41) BETTI, págs. 467 y sigs.; CARIOTA FERRARA, págs. 320 y sigs.; STOLFI, pág. 123; ALBALADEJO, pág. 306 y sigs.

(42) Vid. COMENDY, *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public.*, en «*Rev. Trim. Dr. Civ.*», 13, 1944, pág. 54; HARTEMANN, *Etude sur la distinction des actes inexisents et les actes annulables*, Nancy, 1880, LYER, *Les actes inexisents*, Rennes, 1908.—Vid. últimamente ASCARELLI, en «*Problemi giuridici*», Milano, 1959.

bergara aquellos defectos negociales necesariamente relevantes —la identidad de sexo en el matrimonio es el ejemplo clásico— que, sin embargo, no habían sido tenidos en cuenta por la ley (43). Pero el concepto así diseñado carece de utilidad y de necesidad. De utilidad, porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que la nulidad radical y absoluta como ha señalado FERRARI (44). Y de necesidad, porque, como ya antes apuntábamos, no es preciso que la ineficacia esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que la exija el significado y la finalidad de la propia ley.

Conviene, sin embargo, advertir que la inexistencia del negocio jurídico ha sido consagrada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, quien, sin embargo, no ha logrado hacerla objeto de deslinde frente a la nulidad radical y absoluta con la cual aparece muchas veces borrosamente confundida (45).

3. Una tipificación rigurosa de las modalidades de la ineficacia del negocio jurídico sólo puede hacerse —decíamos hace un rato— partiendo de la idea estricta de ineficacia y haciendo dentro de ella las necesarias subdistinciones. La ineficacia puede ser así ser: automática y provocada; absoluta y relativa; originaria y sobrevenida; total o parcial: estructural o funcional; sanable e insanable.

a) Atendiendo al mecanismo de su actuación puede distinguirse perfectamente una ineficacia automática y una ineficacia provocada. La ineficacia es automática cuando se produce por la fuerza misma de la norma jurídica, *ipso iure* como suele decirse. La ineficacia es provocada cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una actuación automática de la sanción, atribuye a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual, puede actuarse la sanción. Cuando la ineficacia es automática el negocio es inatendible y ninguno de los funcionarios de la organización jurídica puede prestar amparo al negocio o a las pretensiones que tengan en el negocio su causa. El juez puede declararla de oficio. Cuando la ineficacia es provocada el negocio nace eficaz, pero con una eficacia claudicante. La ineficacia es entonces, dice MARTY, un medio puesto a dis-

(43) Cfr. SCOGNAMIGLIO, en «Contributo», cit.

(44) *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1958, con abundante bibliografía.

(45) Así, p. ej., el T. S. dice que los contratos radical y esencialmente nulos deben considerarse como inexistentes (S. 6 de marzo de 1909) y que es inexistente el contrato simulado (S. 21 de junio de 1927). La S. de 3 de enero de 1947 vuelve a hablar de «inexistencia o nulidad absoluta». Y la de 20 de mayo de 1959 de inexistencia del contrato por falta de causa. Convendría probablemente hacer un estudio minucioso de nuestra jurisprudencia, pero creo que puede sostenerse desde ahora que la idea de «inexistencia del negocio» carece en ella de unos perfiles claros y acusados y de rigor técnico.

posición de ciertas personas para proteger sus intereses (46). Una o varias personas son titulares de un poder de impugnación que la doctrina concibe como un derecho potestativo —un *Gestaltungsrecht*— o como una facultad jurídica. El ejercicio de este poder origina una pretensión de impugnación. Por esto a la ineficacia provocada se la puede llamar también «impugnabilidad» (*Anfechtbarkeit*) (47). Cuando a la pretensión de impugnación se enfrenta la oposición del impugnado es necesaria una decisión judicial. De aquí otra diferencia importante entre ambos tipos de ineficacia, pues la pretensión dirigida a obtener un pronunciamiento de los tribunales sobre la ineficacia automática no es nunca necesaria. Como consecuencia de ello la «acción» es en un caso meramente declarativa —declara un estado ya existente: el estado de ineficacia—, mientras que en la ineficacia provocada la acción y la sentencia son constitutivas. La sentencia crea entonces el estado jurídico de ineficacia de un negocio que ha sido hasta ese momento claudicantemente eficaz. La ineficacia, no obstante, una vez pronunciada por los tribunales, se retrotrae (*rückwirkende Unwirksamkeit*) al momento de la celebración del negocio jurídico, aunque no puede sin más excluirse la vigencia de alguno de los efectos ya producidos, sobre todo en relación con terceras personas.

Decidir, en presencia de una ineficacia dada por la ley, cuándo se trata de ineficacia automática, y cuándo de ineficacia provocada, es una delicada cuestión de interpretación en la que deben valorarse el sentido técnico del texto legal, los intereses en juego y, sobre todo, la razón y la finalidad de la ley.

b) Una distinción muy próxima a la anterior, aunque diversa de ella, es la que se establece entre la ineficacia originaria y la ineficacia sobrevenida. No se atiende ahora al mecanismo de la ineficacia, sino al momento temporal en que se produce. La ineficacia es originaria o sobrevenida. En seguida se comprende que toda ineficacia originaria (*ursprüngliche Unwirksamkeit*) (48) es automática. La ineficacia sobrevenida (49) no coincide, sin embargo, con la ineficacia provocada. La ineficacia puede sobrevenir por virtud del ejercicio de un poder de impugnación, pero puede sobrevenir también por virtud de la aparición de un supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente la ineficacia (p. ej., art. 975 del Código civil) (50).

(46) MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, I, París, 1956, págs. 267 y sigs.

(47) Cfr. LEHMANN, *Op. y loc. cit.*, pág. 160: impugnabile es, dice un negocio provisionalmente válido, pero que puede quedar privado de vigor (*entkräftbare*) por declaración de una de las partes.

(48) Cfr. también LEHMANN, págs. 154 y sigs.

(49) Vid. SCOGNAMIGLIO, *Della invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Anuario di Diritto Comparato e di Studi legislativo», 21, 1, 1950, págs. 70 y sigs.; FERRINI, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, en «Archivio giuridico», 1910, págs. 201 y sigs., y en «Opere», III; págs. 357 y sigs.

(50) Conforme a dicho artículo da enajenación que de los bienes in-

c) La distinción entre ineficacia absoluta e ineficacia relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectado por ella (51).

Una ineficacia es absoluta cuando el negocio no produce ninguno de sus efectos para nadie. El negocio absolutamente ineficaz es ineficaz para todos. El artículo 1.252 del Código Civil, por ejemplo, establece que un pronunciamiento de nulidad de disposiciones testamentarias es eficaz contra terceras personas, aunque no hubiesen litigado. Nos hallamos aquí frente a una ineficacia de carácter absoluto, *erga omnes*, que alcanza a las partes y a los terceros.

Una ineficacia es relativa cuando el negocio es ineficaz para un grupo de personas y, en cambio, es eficaz para otros. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un negocio surta entre las partes toda su eficacia y, en cambio, sea ineficaz frente a terceros o frente a algún grupo de ellos. Un negocio realizado en fraude de acreedores es, en principio, eficaz entre transmitente y adquirente, pero es ineficaz frente a los acreedores defraudados. Se liga aquí la ineficacia con la inoponibilidad (52). Al contrario, puede ocurrir que el negocio sea ineficaz entre las partes y, en cambio, eficaz frente a los terceros —sobre todo, terceros de buena fe—, como acontece en ocasiones con el negocio simulado. Puede, finalmente, ocurrir que la ineficacia opere con distinta intensidad respecto a cada una de las distintas partes del negocio: ser eficaz para unas y no serlo para otras. Cuando una partición de herencia es rescindida, la rescisión no alcanza a aquellos herederos que «no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo», según el artículo 1.077; cuando un apoderado traspasa los límites del poder, sin haber dado conocimiento del mismo, el negocio no obliga al poderdante representado, pero el apoderado queda obligado por el negocio (art. 1.725 del Código civil). La ineficacia parcial de un testamento por preterición o injusta desheredación de un legitimario no afecta a los legatarios cuando las mandas son oficiosas.

d) La ineficacia puede ser total o parcial. Un negocio jurídico es, habíamos dicho, la reglamentación autónoma de una si-

muebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero». La ineficacia del acto de enajenación llevado a cabo por el viudo reservista no es originaria. No sobreviene hasta el momento de la muerte del enajenante. Algo parecido ocurre con la eficacia de las donaciones por inoficiosidad que no se produce hasta el momento de la muerte del donante (cfr. art. 654 C. c.).

(51) Vid. CARIOTA FERRARA, *L'annulabilità assoluta*, en «Foro it.», 1939, IV, pág. 50 y sigs.; *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, en «Studi Scorzav», 1940, pág. 73; STRONAL, *Relative Unwirksamkeit*, en «Festschrift zum Jahrhundert des oesterr. allg. B. G. B.», 1911, II, págs. 763 y sigs.; LEHMANN, pág. 166.

(52) Cfr. MARTY, *Op. y loc. cit.*, pág. 271.

tuación jurídica. Como reglamentación, el negocio jurídico se compone de una serie de reglas de contenido preceptivo a las que llamamos cláusulas o disposiciones negociales. Pues bien, la ineficacia, dice BETTI, puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del negocio o quedar circunscrita a una o varias disposiciones negociales (53).

Abstractamente son posibles dos soluciones:

(1) una, entender que un negocio jurídico no puede ser eficaz en parte y en parte ineficaz, porque el negocio jurídico o es eficaz en todo o no lo es en nada;

(2) la posición contraria se formula diciendo que el negocio jurídico, una de cuyas partes es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes. Lo inválido no puede viciar a lo válido (*utile per inutile non vitiatur*), ni la parte invalidar al todo, en virtud de lo que se llama principio de conservación del negocio jurídico (54).

Ambas soluciones, abstractamente posibles, coexisten también en los ordenamientos jurídicos positivos. El problema grave radica en decidir en presencia de un determinado supuesto de ineficacia, si ésta debe ser total o parcial. En el Derecho alemán, por ejemplo, la regla general es la ineficacia total: «Si una parte de un negocio jurídico —dice el párrafo 139 del Código civil— es nula, es nulo todo el negocio jurídico, a menos que deba entenderse que el negocio jurídico hubiera sido celebrado sin la parte nula.» El principio de la invalidez parcial está enunciado en el artículo 1.419 del Código civil italiano: «La nulidad parcial de un contrato y la nulidad de singulares cláusulas del mismo acarrearán la nulidad del todo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad.» A pesar de la aparente diversidad de ambas normas, las dos están fundadas en el mismo principio: considerar decisiva la intención práctica de las partes, reduciéndose la diferencia entre ambos sistemas a una diversa imposición de la carga de la prueba de esta intención práctica» (55).

(53) *Teoria generale*, cit., págs. 486 y sigs.

(54) Sobre el tema: NATTER, *Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1907; LANG, *Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1926; últimamente, Giovanni CRISCIOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, y allí más abundante bibliografía.

(55) Lo decisivo es, pues, la intención práctica de las partes. Si las partes hubieran celebrado el negocio aun sin la parte nula, el resto del negocio debe valer pese a la nulidad parcial; en cambio, si las partes no hubieran celebrado el negocio sin la parte nula, la nulidad parcial se extiende a la totalidad del negocio. La diferencia entre el Derecho alemán y el italiano, aun teniendo sus normas la misma raíz y el mismo valor (interpretativo, presuntivo), radica en el punto donde colocan la presunción. El Derecho alemán presume la nulidad total; el italiano, la parcial. Como consecuencia de ello resulta una diferente distribución de la carga de la

¿Cuál es el principio general en el Derecho español? Falta en nuestro Derecho una norma general semejante al párrafo 139 alemán o al artículo 1.419 italiano. El principio general hay que reconstruirlo sobre el sentido que inspira nuestra regulación positiva.

En el Derecho de Sucesiones la regla de la ineficacia parcial tiene una extendida aplicación. Los artículos 750, 752 y 755 determinan la ineficacia de la disposición a favor de persona incierta, incapaz o indigna, pero no la ineficacia del testamento. Según el artículo 786, la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución (56). Los artículos 792 y siguientes decretan que se deben tener por no puestas las condiciones ilegales y sancionan la ineficacia de la disposición condicionada, pero no la del testamento como negocio. Los artículos 862 y siguientes establecen hipótesis de nulidad de un legado que no afecta a la eficacia del resto del testamento.

También en el Derecho patrimonial la regla de la ineficacia parcial encuentra aplicación: la condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta (art. 1.116); la ineficacia de la cláusula penal no afecta a la eficacia de la obligación principal (art. 1.155); la ineficacia de pactos ilegales, inmorales, depresivos para la autoridad familiar o de sumisión general a fueros no afecta al resto de la capitulación matrimonial (arts. 1.316 y 1.317); la ineficacia del pacto de exclusión de la obligación de saneamiento habiendo mala fe no afecta a la eficacia del contrato de compraventa (art. 1.476); la ineficacia del pacto que excluye a un socio de las ganancias o pérdidas no afecta a la eficacia del contrato de sociedad (art. 1.691).

Todo ello parece inclinar nuestro ánimo en favor del principio de ineficacia parcial que, por otra parte, parece más conforme con la norma del artículo 1.258 como «consecuencia natural», conforme a la buena fe contractual y a las reglas de la equidad. Ahora bien, para que pueda funcionar el principio de ineficacia parcial es necesario que se den estos dos requisitos:

(1) que la irregularidad negocial causante de la ineficacia no se refiera a la estructura total y unitaria del negocio, es decir, que pueda aislarse el mal en una de las partes del negocio:

(2) que una vez amputada la parte insana del negocio, éste continúe poseyendo aptitud para realizar su esencial función económico-social y el propósito práctico de las partes.

e) Una distinción importante es también la que podemos establecer entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional del negocio jurídico. Esta distinción tiene su fundamento en la causa de la ineficacia, pero es sobre todo relevante, porque el

prueba. En el Derecho alemán pecha con la carga el que pretende la nulidad parcial; en el Derecho italiano, quien sostiene la total.

(56) Por la misma razón no afecta tampoco al resto del testamento.

ordenamiento jurídico deriva de la diversidad de origen una diversidad en el tratamiento de la ineficacia. Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un negocio defectuoso, viciado o imperfecto (57). La ineficacia estructural atiende a la fase de celebración o de formación de un negocio jurídico. La ineficacia funcional atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio regularmente formado produce en la realidad. Hay ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho; v. gr., un perjuicio de tercero, un fraude, una lesión (58).

f) Finalmente, atendiendo a la posibilidad de corrección de las consecuencias anormales del negocio, la ineficacia puede ser sanable o insanable (59). Es sanable una ineficacia cuando un negocio originariamente ineficaz o un negocio claudicante pueden adquirir la cualidad de negocios regularmente eficaces, a virtud de un hecho o de un acto jurídico posterior. La sanación de un negocio ineficaz puede ser producida:

(1) por la posterior adición del defecto negocial (convalidación, ratificación);

(2) por la decisión del titular del poder de impugnación (confirmación);

(3) por la transformación del negocio ineficaz en otro análogo al que no afecte la causa de ineficacia (conversión); y

(4) por el resarcimiento del daño, perjuicio o lesión causante de la ineficacia.

Explicadas de este modo las formas abstractas de la ineficacia, la catalogación de cada uno de sus tipos, resulta sencilla. Como agudamente señalaba Tullio ASCARELLI en su más reciente libro (60), nos hallamos ahora más que ante conceptos abstractos, ante términos que en realidad resumen toda una disciplina normativa aplicable a determinados supuestos de hecho. Nosotros podemos resumir esta disciplina normativa del siguiente modo:

(57) Vid. *supra*, pág. 822.

(58) La ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio (negocio defectuoso, viciado, imperfecto). La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un negocio estructuralmente regular despliega (perjuicio, fraude, lesión).

(59) DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1926; ROCCO, *La convalidazione dei negozi giuridici*, «Riv. Dir. Civ.», 1912; MANCIA, *La conferma dei negozi giuridici*, «Riv. it. Sc. giur.», 1920, págs. 125 y sigs.; 433 y sigs.; 1930, pág. 531 y sigs.; BETTI, *Op. cit.*, págs. 481 y sigs.; *Convalidazione del negozio giuridico*, en «Novis. Dig. it.», IV, 1959, págs. 787 y sigs.; FERRI, *Conferma*, en «Nuovo Dig. it.», II, pág. 757; FROBLE, *La conferma degli atti giuridici nel Diritto canonico*, «Studi di Storia e Diritto in onore di Arrigo Solmi», Milano, 1941, II, págs. 341 y sigs.; KOSCHAKER, *La convalida nel Diritto romano e moderno*, en «Atti del Congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del Diritto di Verona» (1948), Milano, 1951, vol. III, págs. 343 y sigs.

(60) *Problemi giuridici*, cit., pág. 277.

a) Nulidad es una ineficacia siempre automática, originaria y estructural, normalmente absoluta e insanable.

b) Anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y sanable.

c) Rescisión es una ineficacia provocada, sobrevenida y funcional, normalmente relativa y sanable.

III. EL CONTENIDO GENERAL DE LA SITUACIÓN DE INEFICACIA

1. Para cerrar este estudio general de la ineficacia de un negocio vamos a referirnos, muy brevemente, a lo que paradójicamente podríamos llamar los efectos del negocio ineficaz (61), las *Fernwirkungen* de que hablaba HEXLE. Estas consecuencias suelen encerrarse en el principio *nullum effectum: quod nullum est nullum effectum producit*. Esta regla exige, sin embargo, alguna puntualización. La misma semejanza existente entre causalidad física y causalidad jurídica, en tema de efectos de los actos jurídicos, se presenta también aquí. *Nullum effectum* no expresa una experiencia real, sino un mandato, una sanción del orden jurídico. Quiero decir que, a pesar de estar sancionado el *nullum effectum*, puede producirse en virtud del negocio ineficaz una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría el negocio eficaz. Aunque la compraventa sea ineficaz puede haberse producido un traspaso posesorio y un pago de dinero; aunque el matrimonio sea ineficaz se inicia un fenómeno de vida común; aunque el testamento sea ineficaz los herederos designados se apoderan de los bienes, pagan los legados y hacen la partición. Por todo esto acaso más exacto que decir que el negocio *es* ineficaz fuera decir que el negocio *debe ser* tenido como ineficaz. La ineficacia jurídica pertenece al mundo del deber ser: *quod nullum est nullum effectum producere debet*. He aquí un hecho sorprendente: el efecto negocial se ha producido en la realidad, aunque no ha debido producirse. ¿Qué acontece entonces?

2. La reacción del orden jurídico frente a un negocio ineficaz puede escalonarse así:

a) INEXIGIBILIDAD.—Cuando el efecto negocial no se ha producido todavía, ninguna de las partes puede pretenderlo. Una pretensión semejante sería inatendible y desestimable. Si se formulara, el contrario podría oponer la ineficacia (actuación de la ineficacia *ope exceptionis*). V. gr.: el vendedor exceptúa la ineficacia del contrato si el comprador exige la entrega de la cosa (62).

(61) Vid. PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nules.—Essai d'une théorie d'ensemble*, París, 1911.

(62) La pretensión basada en un negocio ineficaz carece de un fundamento atendible. El demandado puede enervarla oponiendo precisamente, como excepción, la ineficacia del negocio en que la pretensión se funda.

b) IRRELEVANCIA.—El efecto socialmente producido no es tomado en cuenta, amparado, ni protegido. Los particulares y los funcionarios pueden desconocerlo. V. gr.: el comprador que ha recibido la cosa no puede registrar su dominio ni dirigirse contra los colonos, etc. (63).

c) DESAPARICIÓN.—El ordenamiento jurídico facilita la desaparición del efecto socialmente producido y la restitución de las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el negocio ineficaz. Para ello es preciso algo más que un poder desconocer, no tener en cuenta o no amparar; es precisa la creación de un mecanismo restitutorio, atribuyendo a cada uno de los interesados un poder de exigir la restitución —una pretensión de restitución— y correlativamente, imponiendo un deber de restituir.

d) CONSOLIDACIÓN.—El ordenamiento jurídico, a pesar de la preceptuada ineficacia del negocio jurídico, mantiene el efecto socialmente producido. Esto ocurre por dos razones:

a) Como sanción por la culpabilidad de la ineficacia hay una privación al culpable de la pretensión de restitución. *Propriam turpitudinem allegans non auditur* (art. 1.306 del Código civil) (64).

b) Como medida de protección de la confianza en favor de las personas que de buena fe han creído en la eficacia del negocio aparente (*error communem facit ius*) (65), bien sean las mismas partes («el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo», dice el art. 69 del Código civil), bien sean terceras personas (no tiene lugar la rescisión, según el art. 1.295, cuando las cosas objeto del contrato se hallan legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe).

e) PROPAGACIÓN.—La ineficacia trasciende del negocio irregular y alcanza a otros negocios que con él se hallaban en dependencia. Un nexo de dependencia entre varios negocios puede existir por ser uno de ellos presupuesto o condición para que otro realice plenamente su función práctica (p. ej., matrimonio y capitulaciones, negocio de adquisición del dominio y negocio de constitución de un gravamen) o bien porque ambos cooperan contemporáneamente a la consecución de un mismo resultado económico-social. La pregunta es si la ineficacia de uno de estos negocios arrastra la de los demás, si se produce una «cadena de

Aun sin excepción, el juez puede de oficio desestimar la pretensión declarando, a este efecto, nulo el negocio.

(63) Sobre otro concepto de la «irrelevancia», CARIOTA FERRARA, pág. 323.

(64) RIEZLER, en *Venire contra factum*, cit., págs. 176 y sigs., y en «*Zeitschrift für Notariat und freiw. Gerichtsbarkeit im Oesterreich*», 1910, págs. 98 y sigs. También, GUTRAUDER, *Essai sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Dijon, 1913, y TZARANO, *Etude sur la règle Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, París, sin fecha.

(65) Vid. MAZZARDI, *La maxime error communem facit ius*, en «*Rev. Trim. Dr. Civ.*», 1924, pág. 920.

ineficacias» o, como decía SCOGNAMIGLIO (66), una «ineficacia propagada». La regla debe ser que la ineficacia del negocio presupuesto o condición acarrea la del negocio dependiente, pero nunca al revés. La ineficacia de un negocio sólo origina la ineficacia de todos los negocios coligados cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el complejo negocia¹.

Quedan de esta manera explayadas —esto creo al menos— las ideas generales de la ineficacia del negocio jurídico y puede ya pasarse al estudio de cada uno de sus tipos: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

(66) *Della invalidità*, cit., págs. 70 y sigs.

