

CARLOS MANUEL DÍEZ SOTO

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia

LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO

(Su configuración en el Derecho comparado y su
admisibilidad en el Derecho español)

A mis padres.

Y a Maddi.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	p. 9
1. Consideraciones preliminares.....	p. 9
PRIMERA PARTE: LA CONVERSIÓN EN LA HISTORIA.....	p. 15
1. Propósito del estudio histórico del instituto.....	p. 15
2. El “problema de la conversión” en el Derecho Romano.....	p. 16
3. Derecho Intermedio.....	p. 22
4. El origen del término “conversión”.....	p. 25
5. La elaboración del instituto de la conversión por obra de los pandectistas. La actitud de la jurisprudencia alemana anterior al B.G.B.....	p. 27
6. La formulación legislativa del concepto. El § 140 del B.G.B.....	p. 31
7. El sistema francés.....	p. 34
8. La conversión en Italia bajo la vigencia del Código de 1865.....	p. 41
9. El art. 1.424 del Código italiano de 1942.....	p. 46
10. La conversión en otros ordenamientos europeos.....	p. 49
SEGUNDA PARTE: LA CONVERSIÓN EN EL SISTEMA.....	p. 53
1. Encuadramiento del tema objeto de estudio. Las diferentes especies de conversión: sustancial o material, legal y formal.....	p. 53
2. La conversión formal.....	p. 54
3. La diferencia de <i>ratio</i> entre la conversión sustancial y las diferentes hipótesis de conversión formal.....	p. 56
A) La “conversión” de los títulos-valores nulos por defecto de forma.....	p. 59
B) La “conversión” del testamento cerrado en testamento ológrafo.....	p. 61
C) La “conversión” del documento público formalmente irregular.....	p. 63
4. La conversión legal.....	p. 66
5. Las concretas hipótesis de conversión legal.....	p. 70
6. Fundamento de la conversión del contrato nulo.....	p. 79
7. El principio <i>utile per inutile non vitiatur</i> y la conversión. La exigibilidad de una objetiva “relación de continencia” entre el negocio nulo y el negocio sustitutivo.....	p. 80

8. El principio de conservación del negocio; el principio de economía jurídica.....	p. 87
9. Los principios de buena fe y de responsabilidad, y la tutela de la confianza.....	p. 93
A) La buena fe en la fase de formación del contrato.....	p. 95
B) La ignorancia de la invalidez como presupuesto de la conversión.....	p. 96
C) La buena fe en sede de interpretación del negocio.....	p. 97
D) La buena fe en sede de integración del reglamento negocial.....	p. 98
E) El principio de buena fe y la autonomía privada.....	p. 102
F) La conversión y la protección de los terceros de buena fe.....	p. 103
10. La discusión sobre el elemento subjetivo.....	p. 105
A) La tesis de la “voluntad implícita”, “eventual” o “presunta”.....	p. 106
B) La llamada “concepción objetiva” de la conversión.....	p. 107
C) La tesis de la “voluntad hipotética”.....	p. 111
11. Conversión y autonomía privada. La <i>ratio</i> del instituto.....	p. 114
12. La modificación de la causa del contrato.....	p. 117
13. Voluntad hipotética y finalidad práctica.....	p. 122
14. El mecanismo de actuación de la conversión.....	p. 129
A) Conversión e interpretación.....	p. 129
B) Conversión e integración.....	p. 131
C) Conversión y calificación.....	p. 132
D) La estructura de la norma que dispone la conversión.....	p. 132
E) ¿Opera la conversión <i>ipso iure</i> ?.....	p. 133
15. El planteamiento procesal.....	p. 135
16. Ambito de aplicación de la conversión. Negocios convertibles.....	p. 138
A) Negocios jurídicos en general.....	p. 139
B) Negocios inexistentes.....	p. 139
C) Negocios anulables.....	p. 141
D) Negocios ineficaces.....	p. 144
E) El negocio ilícito.....	p. 147
F) Negocios que infringen un principio de tipicidad.....	p. 151
17. El negocio sustitutivo.....	p. 153
A) La exigencia de un tipo negocial “distinto”.....	p. 154
B) La identidad de partes entre el negocio original y el negocio sustitutivo..	p. 155
C) Conversión de un contrato nulo en un acto unilateral válido.....	p. 156

D) El desequilibrio económico resultante de la conversión.....	p. 159
18. Figuras afines a la conversión.....	p. 161
A) Nulidad parcial.....	p. 162
B) Simulación relativa.....	p. 165
C) Inserción y sustitución automática de cláusulas.....	p. 167
D) Sanación excepcional del negocio nulo.....	p. 168
19. Algunos ejemplos de conversión.....	p. 171
TERCERA PARTE: LA CONVERSIÓN EN ESPAÑA.....	p. 177
1. La actitud de la doctrina española. Argumentos favorables a la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema.....	p. 177
2. Hipótesis de conversión formal y de conversión legal.....	p. 181
3. Antecedentes históricos en nuestro Derecho.....	p. 188
4. Los principios generales del Derecho.....	p. 189
A) El principio de conservación del negocio.....	p. 190
B) El principio de autonomía de la voluntad.....	p. 192
C) El principio de buena fe.....	p. 196
5. Las diferentes concepciones del fenómeno.....	p. 198
6. Hipótesis de conversión en nuestro sistema propuestas por la doctrina.....	p. 204
7. La actitud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	p. 217
8. Consideraciones críticas sobre la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema.....	p. 225
BIBLIOGRAFÍA.....	p. 233

INTRODUCCIÓN *

1. Consideraciones preliminares.

Los estudios dedicados al examen de los diferentes regímenes de ineficacia negocial suelen incluir alguna referencia, más o menos amplia según los casos, a la llamada "conversión del contrato (o negocio) nulo". En una primera aproximación, y al objeto de eludir por el momento las dificultades inherentes a toda definición dogmática, podemos limitarnos a describir el sentido de este instituto jurídico recurriendo a una -quizá la más correcta- de las formulaciones legislativas que de él se han dado. El *Codice civile* italiano de 1942 introdujo por primera vez en el ámbito de la legislación de aquel país una formulación positiva de carácter general relativa a la conversión; en efecto, el art. 1.424 disponía:

"Conversión del contrato nulo.- El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, cuando, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes, deba considerarse que éstas lo habrían querido si hubiesen conocido su nulidad".

Sin entrar por el momento en el análisis del complejo proceso histórico que permite explicar las razones de tal decisión legislativa y, en particular, de la concreta configuración del precepto, sí conviene señalar inmediatamente que el artículo citado -objeto en su día de numerosas críticas y, en gran medida, de una cierta indiferencia por parte de la doctrina respecto a su concreta formulación-, lejos de significar un punto de llegada y una solución definitiva de los múltiples problemas y contradicciones que han marcado tradicionalmente el intento de fundamentar y dotar de unos perfiles precisos a la figura de la conversión, vino a integrarse en el proceso de debate doctrinal -más allá incluso de las fronteras

* El presente trabajo tiene su origen en la tesis doctoral titulada "La conversione del contratto nullo", dirigida por el Prof. Francesco GALGANO, y defendida en la Universidad de Bolonia (Italia) el día 25 de junio de 1991. Obtuvo la máxima calificación (*Summa cum laude*), y recibió el Premio Vittorio Emanuele II de la

italianas-, como un dato nuevo, pero no definitivo. Es fácil constatar cómo los términos esenciales de la discusión y la continua evolución de ésta no experimentaron un cambio de rumbo decisivo como consecuencia inmediata de la entrada en vigor del nuevo *Codice*, aun siendo perceptible en éste último una clara toma de postura del legislador en favor de una cierta orientación doctrinal ¹.

La explicación de este fenómeno no es fácil; pero, en todo caso, no resulta satisfactorio hablar de un simple error de formulación, de una inexacta comprensión del fenómeno por parte de los redactores del *Codice* o de un fracaso de la técnica legislativa. Probablemente, la tarea del legislador en materia de conversión no podía ir más allá, en aquel momento histórico, de atribuir a dicho mecanismo el carácter de remedio general frente a la invalidez del contrato; quedando, por el contrario, fuera de sus posibilidades la elaboración de una fórmula capaz de aprehender la esencia y de resolver las contradicciones de un fenómeno por definición contradictorio, particularmente sensible a la hora de reflejar las más diversas concepciones sobre el funcionamiento global de los diferentes sistemas negociales. Y es que, como recordaba CARRESI ², "todo es problemático en este instituto".

Se trata, en efecto, y como veremos ulteriormente, de un mecanismo orientado a mantener la validez y la eficacia de aquello que es inválido e ineficaz según una valoración del propio ordenamiento; un instrumento esencialmente técnico, orientado a solucionar problemas concretos, pero que, al mismo tiempo, se ha convertido en campo de batalla de profundas discusiones doctrinales, a menudo enraizadas en planteamientos fundamentalmente ideológicos; un remedio por definición extraordinario y excepcional que, sin embargo, se trata de vincular con los principios generales del ordenamiento, cuando no es elevado en sí mismo a la categoría de principio general; un reconocimiento implícito por parte del ordenamiento de las limitaciones de sus propios esquemas técnico-jurídicos para ser fieles a los mismos principios a los que deberían servir; un mecanismo que trata de propiciar el libre desenvolvimiento de la autonomía privada, y sin embargo admisible solamente en la medida en que el legislador "limite la esfera de influencia de la

misma Universidad. La presente edición reproduce el texto original de la obra, inicialmente publicada por José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

¹ GIANNITI, P.: "Conversioni contrattuali proprie ed improprie", en *Contratto e impresa*, 1990, p. 1.115.

² CARRESI, F.: "Il contratto", en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1987, p. 591.

voluntad individual, en el sentido de que ésta deje de asumir un alcance exclusivo en cuanto a la determinación de los efectos jurídicos del acto"³; en relación con las diferentes teorías sobre el fundamento del instituto, es constatable incluso la existencia de posiciones claramente contradictorias: así, por ejemplo, si para algunos autores la conversión es una manifestación típica, si no la principal, del principio general de conservación del negocio, para otros es inherente a la esencia del fenómeno el hecho de que, con él, el contrato no se conserva (siendo el de conservación un principio de naturaleza esencialmente hermenéutica), sino que se transforma⁴.

Se trata, además, de una figura cuya construcción tiene un origen marcadamente conceptual y teórico, a pesar de lo cual el problema de su aplicabilidad específica aparece vinculado a un cuidadoso examen de las circunstancias del caso concreto. En definitiva, junto a la frecuente afirmación según la cual el problema de la conversión ha de ubicarse en el punto crítico del más amplio problema de las relaciones entre voluntad de los particulares y voluntad del ordenamiento⁵, se encuentra aquélla otra según la cual nos encontramos en presencia de una figura cuya operatividad *in concreto* es, en el terreno práctico, singularmente escasa⁶.

Es, en definitiva, la conversión, un instituto sumamente peculiar y especialmente problemático, tanto desde el punto de vista de su construcción dogmática como en lo relativo a su concreta aplicación práctica. Como veremos, entre las razones que pueden explicar esta situación destaca especialmente el origen esencialmente teórico de esta figura jurídica; y es que, contrariamente a lo que ocurre con la mayoría de los institutos del

³ GANDOLFI, G.: *La conversione dell'atto invalido. 2) Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, reimp. 1990, p. 182.

⁴ Vid. *infra*, parágrafo 19.

⁵ FERRI, G.B.: "Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico", en *Riv. del dir. commerciale*, LXI, 1963, II, pp. 277 y ss.; TOMMASINI, R.: "Nullità (diritto privato)", en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 894; más recientemente, GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.104. En España, DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, pp. 18 y 43 y ss.

⁶ MESSINEO, F.: "Il contratto in genere", en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1972, p. 389; FERRI, "Volontà del privato...", *cit.*, p. 280, n. 13; SCOGNAMIGLIO, R.: "Contratti in generale", en *Trattato di diritto civile*, dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, p. 233. La diversidad de puntos de vista sobre esta cuestión resulta en ocasiones incluso sorprendente; confróntense, como ejemplo, las afirmaciones opuestas de dos autores que se han ocupado recientemente del tema: FRANCESCHELLI, V.: Voz "Conversione del negozio nullo", en *Digesto, 4º, Discipl. priv.- Sez. civ.*, 4, Torino, 1989, p. 379: "La casuística articulada demuestra la vitalidad de la figura, y su importancia práctica"; DE NOVA, G.: Voz "Conversione del negozio nullo", en *Enciclopedia giuridica*, 9, Roma, 1988, p. 2: "No sorprende, en consecuencia, que la casuística aplicativa del

Derecho privado, el tratamiento de conversión no aparece tanto como una construcción técnica orientada a dar solución a los problemas planteados en la práctica, sino más bien como una exigencia conceptual y teórica de un cierto sistema dogmático, que sólo en un segundo momento busca su refrendo en la realidad práctica -con mayor o menor fortuna según los casos-⁷.

Pero el indudable atractivo que presenta *a priori* el estudio de un instituto jurídico dotado de una peculiaridad tan acusada no nos puede dispensar de ofrecer en este momento una justificación, aun mínima, del interés que el tema presenta en el marco del sistema negocial español. La doctrina de nuestro país ha prestado tradicionalmente una moderada atención al instituto de la conversión, y se ha mostrado mayoritariamente inclinada a afirmar, con base en diferentes argumentos, la admisibilidad del mismo en nuestro sistema negocial, no obstante la ausencia de una expresa previsión legislativa de carácter general. Sin embargo, los resultados alcanzados por nuestra doctrina no pueden considerarse como excesivamente satisfactorios. Se echa de menos en nuestra literatura un auténtico debate doctrinal respecto a la posibilidad y, sobre todo, respecto a la oportunidad de dar ingreso en nuestro sistema negocial a una figura tan compleja como es la conversión. Las referencias al tema, aunque bastante numerosas, y salvo autorizadas excepciones, no suelen ir más allá de una recepción "cuasimecánica" y no siempre suficientemente meditada de soluciones propuestas (y a menudo discutidas) en el ámbito de otros ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, no podemos dejar de apuntar ya en este momento que la actitud mayoritariamente positiva de la doctrina española respecto a la tesis de la admisibilidad de la conversión como remedio de carácter general no ha encontrado un refrendo práctico en la actitud de nuestros Tribunales, que, en términos generales, han ignorado la figura en cuestión.

A la hora de afrontar el estudio de la conversión, hemos considerado oportuno evitar un planteamiento que, situándonos directamente en la órbita del ordenamiento español, pudiera comprometer de alguna manera el deseable rigor de nuestras conclusiones

art. 1.424 c.c. sea, como veremos, extremadamente pobre". Vid. los ejemplos de aplicación de la conversión admitidos por la doctrina y la jurisprudencia de Alemania e Italia *infra*, párrafo 30.

⁷ GANDOLFI: *La conversione dell'atto invalido. 1) Il modello germanico*, Milano, 1984, p. 176. A este mismo autor se debe la afirmación según la cual "el concepto legislativo de la conversión nace *in vitro*, como resultado de una reflexión abstracta, lógico-crítica"; *op. cit.*, p. 249.

o el interés que el tema pudiera ofrecer desde el punto de vista del jurista español. En efecto, adoptar como punto de partida de nuestra exposición una actitud favorable a la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema podría justificar cumplidamente el interés de nuestro esfuerzo, pero podría conducirnos a forzar inadecuadamente tanto el sentido propio del instituto como las mismas estructuras de nuestro sistema negocial, en aras de conseguir una construcción "artificialmente" coherente. Por otra parte, la adopción de la tesis contraria podría hacer decaer el interés del tema y convertiría probablemente en estéril el examen de la figura tal como aparece diseñada en otros ordenamientos de nuestro entorno.

A la vista de las dificultades expositivas que de todo ello habían de derivarse, hemos optado por aquel planteamiento que hemos considerado más riguroso desde el punto de vista científico. Dado que la cuestión prioritaria relativa a la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema no puede considerarse ni mucho menos como resuelta, en vista de la escasa profundización doctrinal y de la prácticamente nula (salvo en lo que la omisión pueda tener de significativo) aportación jurisprudencial sobre el tema, hemos considerado necesario sistematizar nuestra investigación con arreglo a la siguiente estructura: en un primer momento, intentaremos ofrecer un esbozo del proceso histórico que culmina con la consagración positiva de la conversión en determinados ordenamientos jurídicos. Posteriormente, trataremos de determinar cuál es el papel que la conversión está llamada a cumplir en los sistemas negociales que la han asumido inequívocamente (fundamentalmente el alemán y el italiano), e intentaremos dar una respuesta a los diferentes problemas que en ellos se plantean en cuanto a su fundamento, esencia, mecanismo aplicativo y ámbito de actuación. Por último, y a la vista de los resultados que de todo lo anterior hayamos obtenido, trataremos de ubicar el estudio de esta figura jurídica en la perspectiva del sistema negocial español.

Anticipando algo de lo que desarrollaremos más adelante, hemos de advertir que nuestra opinión no coincide con la actitud mayoritaria de nuestra doctrina en cuanto a la posibilidad y a la necesidad de admitir la conversión como remedio de carácter general frente a ciertas formas de ineficacia negocial. Dicha actitud nos parece, cuando menos, discutible, como se verá en su momento.

Sin embargo, creemos que el estudio de la conversión en la perspectiva del sistema negocial español, aunque pueda conducir a una solución como la que en este trabajo habremos de defender, no deja de tener un considerable interés en orden a contribuir a la

mejor comprensión de ese mismo sistema. En efecto, como decíamos anteriormente, y como volveremos a subrayar a lo largo de este trabajo, el instituto de la conversión se sitúa en el punto crítico de las relaciones entre autonomía privada y ordenamiento jurídico. El juicio sobre la admisibilidad o no de la conversión, sobre la función que le es propia, y sobre la posibilidad de que esa función quede suficientemente cubierta en un determinado sistema, como el español, mediante el recurso a otros mecanismos jurídicos, implica necesariamente un cuidadoso examen y una toma de postura sobre las características estructurales básicas del mismo sistema. El estudio sobre la conversión aparece así como un banco de pruebas especialmente idóneo para determinar cuál es el modo de entender la autonomía privada como principio capital del sistema comercial en los diferentes ordenamientos, y en particular en el nuestro. Planteada en estos términos la cuestión, confiamos en que nuestro esfuerzo no habrá de ser inútil, si con ello contribuimos al menos a estimular la discusión sobre la materia.

PRIMERA PARTE

LA CONVERSIÓN EN LA HISTORIA

1. Propósito del estudio histórico del instituto.

La referencia a la evolución histórica que lleva a la configuración en los tiempos modernos del instituto de la conversión presenta un indudable interés. Nos disponemos a ofrecer una visión global de este proceso, cuya comprensión constituye el presupuesto esencial de un estudio dirigido a precisar cuál sea el papel que a la conversión corresponde en los ordenamientos jurídicos modernos y cuál deba ser, en consecuencia, el régimen jurídico de la misma.

Haremos así referencia, en un primer momento, a las respuestas que en el Derecho Romano y en el Derecho Intermedio recibe el "problema de la conversión"; fórmula con la cual se pretende poner de manifiesto la escasa consistencia y utilidad de un estudio histórico dirigido a encontrar manifestaciones del instituto o, en términos más abstractos, de un principio de conversión en el Derecho histórico anterior al siglo XIX. Se tratará, por el contrario, de determinar a través de qué vías se afronta hasta ese momento el problema de la recuperabilidad del acto inválido mediante su "relectura" por parte del ordenamiento. A continuación emprenderemos el estudio del proceso de construcción del instituto como tal en el ámbito de la Pandectística, que terminará con la formulación del § 140 del B.G.B.; la recepción del mismo por parte de la doctrina italiana, todavía bajo la vigencia del Código Civil de 1865, como paso previo a su consagración legislativa en el artículo 1.424 del Código de 1942. Haremos referencia, por otra parte, a las razones que explican la inexistencia de la conversión en el ordenamiento jurídico francés, así como a los mecanismos llamados a asumir una función *lato sensu* similar; y concluiremos con el examen del problema en otros ordenamientos jurídicos.

2. El “problema de la conversión” en el Derecho Romano.

Desde la Pandectística hasta nuestros días, han sido numerosos los intentos de presentar el instituto de la conversión como el resultado de una evolución histórica cuyo punto de partida habría que situar, precisamente, en el Derecho Romano ⁸. Este planteamiento tradicional, sin embargo, ha de ser objeto de alguna puntualización. El concepto moderno de conversión es, como veremos, el resultado de una elaboración dogmática de carácter sistemático y general que encuentra sus raíces en el estudio de la Pandectística del XIX ⁹. Son precisamente los pandectistas los que, fieles a su vocación de buscar en el Derecho Romano el punto de referencia para la construcción de su sistema jurídico, incurren en una valoración a menudo discutible y forzada de las fuentes, orientada a dotar de una filiación romanística al instituto de la conversión; sin advertir que ésta constituye un producto genuino de un sistema fundado sobre bases estructurales originales y esencialmente diferentes de las que presidían el Derecho Romano ¹⁰. Especialmente significativa será, en este sentido, la interpretación pandectista de los textos relativos a la "cláusula codicilar", entendida como manifestación más relevante del instituto de la conversión en Derecho Romano. Era ésta una cláusula por la cual el testador manifestaba su voluntad de que las disposiciones de un testamento nulo fueran mantenidas como fideicomisos dispuestos mediante codicilo y a cargo de los herederos abintestato. Durante decenios se mantuvo en la doctrina la concepción de la cláusula codicilar como ejemplo "clásico" de conversión ¹¹. Sin embargo, hoy se reconoce unánimemente la inadmisibilidad de dicha concepción, dada la exigencia de una expresa declaración del testador que aproxima el fenómeno a la hipótesis del negocio querido en vía subsidiaria para el caso de invalidez del negocio querido con carácter principal ¹².

De hecho, algunos de los principales especialistas en la materia han advertido sobre la imposibilidad de reconstruir el instituto de la conversión en la experiencia jurídica

⁸ Vid., por ejemplo, BETTI, voz "Conversione del negozio giuridico (diritto romano), en *Novissimo digesto italiano*, t. IV, Torino, 1959, pp. 810-811.

⁹ GIUFFRÉ, V.: *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli, 1965, p. 8, n. 5.

¹⁰ Sobre el tema, vid. *infra*, n. 48.

¹¹ Vid., p. ej., SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903, pp. 48-49.

¹² BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, vol. I, p. 517; GANDOLFI, "Introduzione metodologica allo studio storico della 'conversione'", *Ius*, 1964, pp. 222-223; GIUFFRÉ, *op. cit.*, pp. 100 a

romana según el paradigma moderno ¹³. Como argumentos que favorecen esta impresión cabe citar, de un lado, los referentes a la propia mentalidad del jurista romano clásico, escasamente interesado por la construcción de categorías generales, y preocupado, en cambio, por la resolución del caso concreto ¹⁴; de otro, y como consecuencia de lo anterior, las propias características estructurales de aquel sistema, en el que faltan precisamente aquellas categorías generales que permitirían elaborar una teoría sobre la conversión (negocio jurídico, contrato, nulidad, ineficacia), y en el que la diversidad terminológica y la ausencia de un vocabulario técnico y típico en relación con el fenómeno que nos ocupa dificultan extraordinariamente una valoración adecuada de las fuentes ¹⁵. De ello se deduce la conveniencia de limitar a su justa medida el alcance de una investigación sobre los precedentes romanos de la conversión.

No significa lo anterior que carezca de sentido e interés un examen de lo que algún autor ha definido como el "problema de la conversión en el Derecho Romano", es decir, un análisis que, partiendo de la consideración de algunos supuestos concretos, permita determinar si y de qué manera los juristas romanos afrontaron la necesidad de mantener determinadas iniciativas negociales no ajustadas a las exigencias del sistema jurídico ¹⁶. Pero, en todo caso, será necesario evitar prejuicios conceptuales, como los derivados de la utilización de un aparato conceptual moderno ¹⁷, tratando al mismo tiempo de establecer una línea de separación lo más clara posible entre las soluciones reconducibles al intento

106. Sobre la incidencia que el estudio de la cláusula codicilar tuvo en la propia elección del término "conversión" para denominar al nuevo instituto, vid. *infra*, párrafo 5.

¹³ GIUFFRE', *op. cit.*, pp. 22, 31 y 389; GANDOLFI: "Introduzione metodologica...", *cit.*, pp. 212 y ss. El propio GANDOLFI (*La conversione...I*)...", *cit.*, p. 2, n. 3) cita la opinión de FLUME, según la cual el concepto de conversión, como tal, es desconocido por los romanos.

¹⁴ ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano*, I, 18ª ed., Madrid, 1986, p. 31; D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, p. 28.

¹⁵ Vid. al respecto, DE LOS MOZOS, *La conversión ...*, *cit.*, pp. 23 y ss.; GROSSO, G., voz "Contratto (diritto romano), en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 756; GIUFFRE', *op. cit.*, pp. 2-3, pp. 24 y ss. y 387.

¹⁶ GIUFFRE', *op. cit.*, p. 22: "Se ha tratado de investigar el instituto tal como aparece estructurado y configurado actualmente, y no la 'exigencia' de la utilización por conversión, que podría haberse visto satisfecha en el contexto jurídico romano con medios peculiares". Vid. también GANDOLFI, G.: "Introduzione...", pp. 215 y 218.

¹⁷ Así, GIUFFRE' considera arbitrario el sobreponer al estudio del fenómeno la tricotomía moderna de la conversión en cuanto a sus fuentes -legal, voluntaria, interpretativa o jurisprudencial-; vid. *op. cit.*, pp. 90 y ss. y 387.

de resolver el problema inicialmente delimitado y otras técnicas de sanación en sentido amplio ¹⁸.

Desde este punto de vista, no parece dudosa la existencia de precedentes de la conversión en el Derecho Romano ¹⁹. Se suele citar como primera manifestación del problema en el Derecho Romano el episodio de la "Causa Curiana" (Ulp. D.28,6,4 pr.; 93 a. C., aprox.), en la que se admitió que la designación de sustituto pupilar, inoperante como tal, fuese valorada como designación de sustituto vulgar. Las primeras manifestaciones del fenómeno se darán en relación con hipótesis de constitución de actos *mortis causa* (Senadoconsulto Neroniano, 61 d.C., que admite el que un legado, nulo en su especial configuración, valga *per damnationem*; Ulp. D.24,2), o de actos *inter vivos* vinculados de alguna manera al hecho de la muerte de una persona ("Oratio Antonini" o "Severi", 206 d. C., por la cual las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio, o entre afines sometidos a la misma potestad, aun siendo nulas, se convalidaban si el donante moría sin haberlas revocado en vida del donatario; D.24,1,3 3 pr. y 32 pr.-2). Posteriormente, la técnica de la conversión experimentará un notable progreso en el ámbito de los actos *inter vivos*, encontrándose sus aplicaciones más desarrolladas y maduras en la última época

¹⁸ GIUFFRE', *op. loc. cit.*; GANDOLFI, "Introduzione...", cit., pp. 215-217. Este último autor considera, en este sentido, que deben excluirse del ámbito de observación directa del estudioso de la conversión, desde un punto de vista histórico, los siguientes fenómenos:

- a) Las hipótesis de aplicación del principio de conservación en sede de interpretación.
- b) La rectificación del *nomen iuris* erróneamente atribuido por los agentes al negocio.
- c) La confirmación o convalidación del acto nulo como acto del mismo tipo; es decir:
 - por efecto de una norma que supere una exigencia de forma anteriormente vigente.
 - por efecto de una "corrección privativa" en virtud de la cual se considere como no escrita la cláusula que debería implicar la nulidad.
 - por efecto de la coexistencia de dos sistemas jurídicos -civil y pretorio- cuando a un acto, nulo para uno de ellos, se le atribuye validez en el terreno del otro pero como acto del mismo tipo (p. ej., convalidación *iure pretorio* del testamento civilmente nulo por defecto de forma).
- d) El mantenimiento en vida de un acto nulo en virtud de una expresa declaración de los agentes (p. ej., el caso de la "cláusula codicilar").
- e) La concesión a favor de una de las partes de acciones o excepciones de carácter resarcitorio derivadas de un contrato nulo, subsistente en consideración a la legítima confianza de la misma, pero no orientada a la realización del intento práctico de las partes.

Por su parte, GIUFFRE', al delimitar el ámbito de su investigación, subraya la necesidad de distinguir el fenómeno de la conversión respecto a otras técnicas de utilización del acto inválido: la convalidación o convalidación (pp. 56-57), la reducción del acto por invalidez parcial y la llamada "corrección privativa" (pp. 61-63), la interpretación típica e integrativa y la rectificación de la calificación del negocio (p. 72), los efectos "aberrantes" de los negocios nulos y las *naturales obligationes* que se conectan a los negocios inválidos (p. 81).

clásica, y por obra de PAPINIANO, PAULO y ULPIANO (así, los diversos tratamientos a que se somete la *acceptilatio* nula con objeto de mantener su validez bajo otra forma jurídica: *pactum de non petendo*, contrato literal, contrato consensual, etc.)²⁰.

A la vista de estos supuestos, no cabe duda de que los jurisconsultos romanos afrontaron el problema del necesario mantenimiento en vida de ciertos valores jurídicos, dentro del ámbito negocial, a pesar de la falta de correspondencia de los mismos con las exigencias estructurales del sistema jurídico, y a través de ciertas técnicas que, de modo genérico, podríamos definir como "de segunda lectura" o revisión de los actos en los que se manifestaban tales valores. En este sentido genérico, podemos afirmar la operatividad, en la base de estas técnicas, de ciertos principios inmanentes a todo sistema jurídico, es decir, un principio de conservación y, sobre todo, un principio de economía jurídica.

La necesidad sentida de recurrir a soluciones de este tipo se funda en consideraciones de seguridad jurídica y de protección de la confianza, tanto de los mismos agentes como de terceros²¹; pero también en la clara percepción de la necesidad de superar las disfunciones derivadas de un sistema excesivamente rígido (necesidad que explica en buena medida la línea evolutiva del Derecho a lo largo de la Historia), cuando las mismas llevan a privar de eficacia a iniciativas jurídicas merecedoras de tutela, o bien son utilizadas de manera contraria a la buena fe por parte de ciertos sujetos²².

¹⁹ GIUFFRE', *op. cit.*, pp. 3-4, p. 48, n. 131.

²⁰ Vid. GIUFFRE', *op. cit.*, pp. 309 y 394; GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.109-1.110. Para la exposición detallada de estos y otros ejemplos traídos a colación por la doctrina, y para el examen de los muy dispares puntos de vista que se plantean frente a cada una de ellas, nos remitimos a las obras citadas de GIUFFRE', GANDOLFI, SATTA y DE LOS MOZOS.

²¹ BETTI, *Istituzioni de diritto romano*, Padova, 1935, I, pp. 187 y ss. GIUFFRE', *op. cit.*, p. 391, habla de la exigencia de conservar la iniciativa de los sujetos, una vez que ésta había modificado ya las relaciones de hecho, y sobre la cual podían haber puesto su confianza las partes o los terceros. Sólo en este sentido preciso parece posible buscar el fundamento de la conversión en el sistema jurídico romano en la afirmación de un "principio de conservación de los valores jurídicos en el mundo del Derecho", del que habla DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 30, con cita de BODDA y de GRASSETTI; lo que relativiza las posibilidades de encontrar en ello el punto de conexión entre la realidad jurídica romana y la concepción actual del instituto de la conversión. Sobre la diferencia entre el principio de conservación, tal como se afirma en el Derecho Romano (dotado de un alcance esencialmente hermenéutico), y la conversión en sentido propio, vid. GANDOLFI, "Introduzione...", *cit.*, pp. 215-216. Como veremos, la discusión sobre el fundamento de la figura de la conversión y el principio de conservación del negocio sigue abierta todavía hoy.

²² Las dificultades que para afrontar el problema planteado derivan del riguroso formalismo y tipicidad del sistema jurídico son especialmente patentes en la época más primitiva del Derecho Romano, donde aparece como inviable cualquier procedimiento próximo a la conversión; vid. SATTA, *op. cit.*, pp. 21 y ss. Vid. también GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.106-1.107.

El mecanismo utilizado en cada caso para la solución del problema así planteado no es siempre el mismo; por el contrario, no parece que llegue a tomar cuerpo la idea de un principio dotado de un alcance general -salvo quizá una intuición del mismo en la última época clásica-, tratándose más bien de soluciones concretas a problemas singulares y claramente tipificados ²³.

En la base de algunas de estas soluciones es claramente perceptible la consciencia, por parte de los jurisprudentes ²⁴, de la escasa flexibilidad de los elementos estructurales del sistema de *ius civile* para dar una respuesta a tales problemas sobre la base exclusiva de la propia *auctoritas*. Así se explica el que frecuentemente se recurriera a los instrumentos sustanciales y procesales de la jurisdicción honoraria, fundada en la *potestas* del Pretor (p. ej., en el tratamiento de la *stipulatio nula*) ²⁵. Con el avance de la época clásica, resultarán implicados nuevos poderes normativos: por una parte, la *auctoritas* del Senado (Senadoconsulto Neroniano, *Oratio Severi*), cuyas decisiones también son aplicadas en un primer momento a través de la jurisdicción pretoria, y luego, al difuminarse la relevancia de la distinción entre *ius civile* y *ius pretorium*, a través de la atribución de un poder

²³ Vid. MARINA, F. A.: Voz "Conversione del negozio giuridico", en *Enciclopedia Forense*, II, Milano, 1958, p. 722; GIUFFRE', *op. cit.*, p. 395, n. 162; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.110. Niega que, como regla, se pueda hablar de conversión en el contexto jurídico romano, incluso en la época postclásica-justiniana, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 12ª ed., 1954, p. 83, n. 1 y 567 y ss., n. 1, cita en GIUFFRE', *op. cit.*, p. 14, n. 13. En la base de esta opinión negativa estaría la consideración de la rígida tipicidad y formalismo de los actos jurídicos en el sistema jurídico romano, aun en el más evolucionado.

²⁴ Sobre el papel decisivo que en la progresiva afirmación de un fenómeno de conversión en Roma tuvo la jurisprudencia, vid. GIUFFRE', *op. cit.*, p. 399. En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Donación, condición y conversión jurídica material", en *A.D.C.*, V, 1952, p. 1.307.

²⁵ Se ha señalado justamente la duplicidad de sistemas jurídicos propios del Derecho Romano clásico (*ius civile*, *ius pretorium*) como un punto de ruptura del sistema que permitió a la jurisprudencia romana desarrollar su función creadora del Derecho en materia de utilización de los actos jurídicos no ajustados a las prescripciones del Derecho; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 810; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.107. Serán también los medios técnicos propios del Derecho pretorio (singularmente la *exceptio*) los que permitirán aprovechar otro punto de ruptura del rígido sistema romano: el juego entre negocios formales abstractos y negocios no formales, susceptibles de satisfacer un intento práctico sustancialmente idéntico (así, en el caso de la *acceptilatio nula*); BETTI, *op. loc. cit.*, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 26-27, n. 7, GANDOLFI, *La conversione...1*)..., *cit.*, p. 3, n. 4. Vid., sin embargo, GIUFFRE', *op. cit.*, pp. 32 y 398. El autor trata de limitar a su justa medida la importancia de la aportación del pretor en la resolución del problema, rechazando abiertamente la tesis según la cual la conversión habría sido un instituto honorario. Reconoce que la misma "fue actuada prevalentemente (...) con 'medios pretorios', pero no es reconducible al *ius honorarium*, es decir a la iniciativa directa del pretor". En este sentido, alega el hecho de que las primeras aplicaciones no fueron debidas a la intervención pretoria; que, ni desde el punto de vista sustancial ni desde el punto de vista procesal, es posible afirmar el recurso exclusivo a instrumentos honorarios; y, en fin, que la madurez del fenómeno de la conversión en Roma se produce en un momento -última época clásica- en la que el pretor había agotado ya desde hacía tiempo su actividad innovadora del Derecho.

normativo directo; por otra, la *auctoritas Principis*, que aparece como fuente formal de los *responsa* elaborados por los jurisconsultos desde la época clásica en adelante ²⁶.

Ahora bien, esta tendencia hacia la búsqueda de soluciones de *imperium* para los problemas concretos pone de manifiesto otro aspecto de la cuestión al que ya nos hemos referido: la dificultad para encontrar la clave de la misma a través del recurso a la operatividad de categorías generales subyacentes al fenómeno negocial. En especial, cabe subrayar la ausencia de una concepción general del contrato o del negocio jurídico capaz de funcionar como marco para una valoración más flexible de los actos singulares. No se plantea la cuestión, en general, desde el punto de vista de la relevancia del elemento subjetivo ²⁷ o de la causa concreta del negocio como puntos de apoyo para garantizar la legitimidad de la solución de justicia; por el contrario, el mecanismo utilizado parece ser claramente objetivo, fundado en una valoración objetiva y global realizada por el ordenamiento a partir de una situación concreta y típica, al margen de un examen analítico de los elementos del negocio. Esta valoración no puede, obviamente, dejar de tener en cuenta la intención de los sujetos; pero ésta adquiere relevancia en cuanto intención típica (*id quod plerumque accidit*) que es posible suponer como subyacente a aquel tipo de acto de que se trate, y no como voluntad concretamente existente en el caso objeto de examen.

Por otra parte, en algunos casos el mecanismo utilizado se apoya en la existencia de diversas modalidades típicas del mismo acto (testamentos, legados,...) ²⁸. La admisión en estos casos de una valoración del acto según el esquema de una variedad distinta de la elegida es afrontada más abiertamente por los mismos jurisconsultos; es fácil advertir cómo, en estos casos, se trata de una técnica más elemental y menos comprometida, cuya

²⁶ D'ORS, *op. cit.*, pp. 40-41. A medida que comienza a agotarse la vena creadora de Derecho de la jurisprudencia en el período postclásico, coincidiendo con una desaceleración de la actividad económica y jurídica y con un renacer del formalismo, las técnicas de conversión que se venían desarrollando desde el período clásico comienzan a experimentar un proceso de gradual cristalización. Con el Derecho justiniano, esas técnicas son objeto de codificación, y pierden correlativamente su flexibilidad, configurándose como expedientes más bien excepcionales, admisibles sólo -probablemente- en presencia de una fuente normativa determinada, y no susceptibles de aplicación analógica; vid. GIUFFRÉ', *op. cit.*, p. 44 y pp. 380-381, y GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.110.

²⁷ GIUFFRÉ', *op. cit.*, p. 391. En todo caso, la evolución del fenómeno de la conversión *lato sensu* se inserta en un lento proceso de progresiva valorización del elemento subjetivo que alcanza su punto culminante en la época postclásica y, sobre todo, en el Derecho justiniano; GIUFFRÉ', *op. cit.*, pp. 390-391, BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 810; GROSSO, *op. cit.*, pp. 753-754 y 757. Relativiza el significado de esta evolución ASTUTI, G., voz "Contratto (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 764.

²⁸ BETTI, *op. ult. cit.*, p. 810.

admisión por parte de la jurisprudencia romana no podía resultar tan problemática como aquélla que se fundase en la utilización de un acto distinto en su misma esencia.

En definitiva, el examen de las hipótesis apuntadas por la doctrina y la consideración de las soluciones acogidas a la luz de los principios estructurales del sistema romano revelan la imposibilidad de descubrir en él un fenómeno equiparable a lo que hoy conocemos como "conversión material o sustancial", en cuanto que la misma concepción de esta categoría sólo será posible sobre la base de un nuevo sistema jurídico y, sobre todo, de una valoración totalmente distinta del fenómeno negocial y de sus singulares elementos. En otras palabras: más allá de la solución de problemas similares, en sentido genérico, la función sistemática que hoy corresponde a la figura de la conversión sustancial -función que explica su configuración actual como categoría general- excluye cualquier correspondencia entre ésta y las hipótesis estudiadas en el Derecho Romano. Como afirma GANDOLFI, "nos encontramos en el ámbito del tratamiento del acto negocial inválido, al que el Derecho, movido por un instinto de 'conservación' en sentido amplio, atribuye todos los posibles efectos que los elementos válidamente concurrentes puedan implicar (pero la conversión es algo más específico)" ²⁹. Si acaso, las soluciones romanas podrían encontrar un mayor paralelismo, y aun así con muchas reservas, en fenómenos tales como la "conversión legal" o la "conversión formal", cuya operatividad en un sistema jurídico no aparece condicionada por las características estructurales del mismo en la medida en que lo está la conversión material ³⁰.

3. Derecho Intermedio.

El examen de las fuentes del Derecho Intermedio no proporciona, en materia de conversión, novedades particularmente interesantes. De todos modos, a lo largo del período medieval es perceptible un lento proceso en virtud del cual las estructuras procedentes del Derecho Romano adquieren una flexibilidad cada vez mayor, afirmándose una clara tendencia hacia la configuración de un principio de autonomía privada y la superación de la rígida tipicidad romana. Es ya un lugar común la idea según la cual la historia del Derecho Intermedio es en gran parte la de la progresiva afirmación del "principio consensual", que permitirá descubrir en el elemento subjetivo -el

²⁹ "Introduzione...", cit., p. 215.

consentimiento, la voluntad- la clave del fenómeno negocial; preparándose así las bases para la ulterior construcción de la conversión como remedio general ³¹. Sin entrar en la discusión suscitada por algún autor ³² sobre la realidad de esta concepción, parece en todo caso admisible un aspecto concreto de su tesis: el hecho de que, independientemente de que se admita o no la explicación de este período histórico en términos de una progresiva afirmación del principio consensual, es cierto que la formulación de un nuevo sistema teórico fundado sobre la concepción unitaria y atípica del contrato como convención se hace realidad sólo a partir del siglo XVII por obra de la Escuela del Derecho Natural ³³. Las bases teóricas de la nueva concepción -racionalismo histórico, ruptura con los principios teóricos tradicionales y con los ordenamientos positivos históricos- no llegan sin embargo a encontrar una correspondencia absoluta en la elaboración de una concreta disciplina normativa de las obligaciones y de los contratos; en este ámbito reaparece una línea de pensamiento indudablemente vinculada a la tradición romanística ³⁴. Sólo la elaboración de la Pandectística alemana del XIX dará el paso definitivo hacia la construcción de un sistema contractual y de las obligaciones en general fundado sobre bases teóricas realmente nuevas. Y sólo en este nuevo marco encontrará su fundamento la construcción del instituto de la conversión en sentido moderno.

Volviendo al período intermedio, es cierto que se encuentra todavía alguna manifestación del "problema de la conversión" ³⁵. Ahora bien, si la tradición jurídica romana está en la base misma de la elaboración de los juristas en esta época, es también cierto que los elementos estructurales del sistema son en gran medida diferentes: no existiendo ya una duplicidad de sistemas jurídicos equiparable a la del Derecho Romano, las soluciones que en éste se apoyaban sobre tal distinción quedan absorbidas o

³⁰ Sobre los fenómenos de conversión formal y conversión legal, vid. parágrafos 13 a 15.

³¹ DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, facsímil de la edición de 1971, p. 487; SATTI, *op. cit.*, p. 58.

³² ASTUTI, *op. cit.*, *passim*.

³³ *Op. cit.*, p. 779. Sobre el contexto histórico (en sus aspectos filosóficos, políticos, económicos y sociales) de este fenómeno, vid. BELLOMO, M.: Voz "Negozio giuridico (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, pp. 929-930.

³⁴ ASTUTI, *op. cit.*, p. 779.

³⁵ GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 5, n. 3.

simplemente ignoradas por el sistema y no se plantean ya como hipótesis de "tratamiento de un acto nulo" ³⁶.

En realidad, la proyección de las soluciones romanas al problema de la conversión en el período intermedio se resuelve, ante todo, en una sensible reducción del número de fenómenos reconducibles a este ámbito de estudio ³⁷, mientras que la utilización de ciertos instrumentos -a menudo insertados automáticamente en el documento negocial- por parte de los prácticos del Derecho ³⁸, más que constituir una respuesta proporcionada por los principios del propio sistema al problema en cuestión, aparecen como un expediente cautelar de los mismos prácticos -sobre todo de los notarios-, dirigido a superar las dificultades de inserción de una realidad jurídica cada vez más compleja en los esquemas ya anticuados y escasamente flexibles del sistema jurídico romano. Singularmente expresiva es la crítica dirigida por DE LUCA ³⁹ a las disquisiciones con que los juristas de la época afrontaban estas dificultades. Advierte el autor cómo, en sustancia, no hay ninguna diferencia entre testamento y codicilo, desde el momento en que la herencia, aunque sea por vía de fideicomiso, llega a la persona designada; por lo que las diferencias buscadas no son más que palabras vanas "dignas de risa". Lo mismo se puede decir respecto a la cláusula codicilar y *omni meliori modo*, sobre las cuales "con las acostumbradas necedades se hacen grandísimas disputas que convierten en dignos de burla a los doctores de la ley, por la invención y uso de tales fórmulas que han llenado el mundo de espinas y de cábalas" ⁴⁰.

Cabe, con todo, citar como fenómeno más cercano a la conversión lo que la doctrina del Derecho Canónico llamó *confirmatio ex certa scientia* o *in forma specifica*,

³⁶ Como veremos, será ésta una de las razones de la indiferencia mostrada por POTHIER frente a algunos de los textos romanos sobre los cuales se detendrán más tarde los pandectistas para fundamentar el nuevo instituto de la conversión; vid. GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., pp. 20-21.

³⁷ Véase la enumeración más bien breve y a menudo discutible propuesta por SATTA, *op. cit.*, pp. 66-67. Así, por ejemplo, no parecen reconducibles a la idea de conversión: la sociedad con participación en los beneficios de quien nada ha aportado, que se salva como donación (hipótesis de negocio indirecto), o la venta simulada, que puede mantenerse como donación u otro contrato lícito.

³⁸ SATTA, *op. cit.*, p. 58 y ss. Según el autor, los expedientes a los que recurrió la práctica con objeto de evitar la ineficacia de los negocios fueron, por una parte, el juramento, y por otra, las cláusulas confirmatorias (*omni meliori modo*, y la más sintética *ceterata*), elaboradas sobre el modelo de la cláusula codicilar romana. No nos parece, de todos modos, que sea posible descubrir en estos expedientes un fenómeno de conversión en sentido propio, como hace el autor, más allá de la finalidad conservativa en sentido amplio a la que indudablemente responden.

³⁹ Reproducida por SATTA, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁰ *Dottor volgare*, IX, c. 8, p. 24.

que suponía una intervención de la autoridad eclesiástica orientada a atribuir validez a un acto inválido mediante la cesación de la eficacia de la ley que imponía la sanción de nulidad en un caso determinado. Sin embargo, no dejó de observarse el hecho de que, en estos casos (a diferencia de la *confirmatio in forma communi* o *simplex*), el acto de la autoridad venía a ocupar el lugar de la voluntad del autor del acto, definitivamente irrelevante por su contradicción con el Derecho, de tal manera que los efectos resultantes se vinculaban a la voluntad del confirmante⁴¹. En consecuencia, si desde el punto de vista funcional los resultados a los que conducía esta operación la aproximan sin duda a la conversión, desde el punto de vista estructural son apreciables importantes diferencias, como se pondrá de manifiesto en el curso de la exposición que estamos realizando.

4. El origen del término "conversión".

La reconstrucción del proceso histórico que llevará a atribuir al instituto del que nos ocupamos la denominación de "conversión" ha sido objeto de una cuidadosa investigación por parte de diferentes autores⁴², llegándose a ciertas conclusiones que a continuación resumimos.

Tradicionalmente se afirma que el término "conversión" no fue utilizado con un significado técnico específico en las fuentes romanas⁴³. Sin embargo, se suele citar un texto de ULPIANO como punto de origen del vocablo que, con el paso de los siglos, dará nombre al instituto. Se trata de un fragmento de las "Disputationes" (D. 29,1,19 pr. y 1, Ulp. 4 disp.), relativo a la cláusula codicilar, en el que se admitía la conversión de las disposiciones contenidas en un testamento militar, incluida la institución de heredero (y no sólo los legados y fideicomisos), en disposiciones fideicomisarias, operada por el mismo *miles* en virtud de una previsión expresa realizada en tal sentido en un segundo testamento. La utilización por parte del jurista romano del término *convertisse* ("id est in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse"), en un caso considerado

⁴¹ FEDELE, P.: Voz "Conferma (diritto canonico)", en *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 861 a 863.

⁴² Entre ellos mencionamos a RODRIGUES VENTURA, R.J.: *A conversão dos actos jurídicos no Direito Romano*, pp. 49-50; SATTA, *op. cit.*, pp. 2 a 5; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 15-16. En ellos se puede encontrar amplia información y bibliografía sobre el tema.

⁴³ SATTA, *op. cit.*, pp. 2-3.

como de verdadera conversión en el sentido moderno del término ⁴⁴, habría proporcionado así el punto de apoyo "terminológico" para la construcción del nuevo instituto por obra de la Pandectística ⁴⁵. Hasta entonces, la coincidencia entre vocablo y concepto habría sido sólo ocasional: los glosadores y los comentaristas habrían aplicado el término "conversión" a hipótesis más próximas a la novación del negocio, y sólo en la obra de AVERANIO y en la de RICHERI sería posible encontrar tal coincidencia; mientras que el fenómeno de la conversión como tal habría recibido otras denominaciones distintas ⁴⁶.

Sin embargo, más recientemente un estudio de GANDOLFI ⁴⁷ ha puesto en discusión esta opinión tradicional. Según el autor, es cierto que el origen del término "conversión" ha de buscarse en el citado texto de ULPIANO, pero en el mismo no es posible encontrar una verdadera hipótesis de conversión, ni siquiera una alusión a la cláusula codicilar ⁴⁸. La explicación de la ulterior recepción por parte de los pandectistas del término para referirlo a la nueva figura de la conversión es compleja: el caso examinado por ULPIANO es yuxtapuesto involuntariamente por BALDO, en su comentario al fragmento, a la cláusula codicilar ⁴⁹, destacando al mismo tiempo la locución *convertere* incluida en él. Más tarde será CUJACIO quien se referirá a la subsistencia de alguna excepción a la regla general de la inadmisibilidad de una cláusula codicilar sobreentendida. Se prepara así el terreno para que la atención de los pandectistas, en su búsqueda de una base en los textos romanos, no sólo para los nuevos institutos creados por

⁴⁴ Así, SATTA, *op. loc. cit.*

⁴⁵ GANDOLFI, "Introduzione...", *cit.*, p. 219; GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶ SATTA, *op. loc. cit.*

⁴⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 219 a 225. En sentido parecido, GIUFFRÉ, *op. cit.*, p. 26, quien expresa asimismo sus dudas sobre la referibilidad al jurista romano de los fragmentos en que se encuentra el término *convertere*.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 221. En efecto, como explica el autor, la conversión parte de la consideración de un acto jurídico nulo y de la falta de una declaración de convalidación del declarante. Y, por otra parte, la cláusula codicilar es una declaración del disponente, realizada en previsión de la eventualidad de que el acto sea inválido; mientras en el caso en cuestión, por efecto del *ius singolare* propio del militar, el primer testamento era sin más válido y el soldado no tenía en absoluto necesidad de convertirlo en fideicomiso para darle eficacia. Por el contrario, su declaración tiene el efecto, no ya de atribuir eficacia a un acto que de otra manera no la tendría, sino de reducir la eficacia del acto mismo, degradando su alcance *de iure* directo, a *causam fideicommissi*. Además, hay que excluir que la cláusula codicilar realice una conversión en sentido propio, en cuanto que tal cláusula debía ser explícita, pp. 222-223. Tales argumentos son recogidos más recientemente por GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.106, n. 5; aunque el autor no sólo considera inexacta la teoría por la cual en el fragmento en cuestión se podría encontrar una hipótesis de conversión, sino también aquélla que se remite al mismo como origen histórico del término "conversión".

⁴⁹ Dada la contigüidad, en la obra de ULPIANO, entre el texto en cuestión y otro en el que se examinaba la misma cuestión, pero referida al caso de un *paganus*; con la particularidad de que en este segundo caso,

ellos, sino también para la denominación de los mismos, se detenga sobre el texto de ULPIANO -como, en general, sobre la figura de la cláusula codicilar-; adoptándose definitivamente la locución "conversión"⁵⁰, a pesar de las críticas de algunos autores, como WINDSCHEID⁵¹, WENDT⁵² o DERNBURG⁵³, con la consagración legislativa del instituto en el § 140 del B.G.B.

5. La elaboración del instituto de la conversión por obra de los pandectistas. La actitud de la jurisprudencia alemana anterior al B.G.B.

Como ya hemos subrayado varias veces, el instituto de la conversión como tal es un producto de la construcción sistemática realizada por los pandectistas alemanes del siglo XIX⁵⁴. Estos autores, partiendo de los presupuestos teóricos y filosóficos del Racionalismo y de la Escuela del Derecho Natural, afrontan la construcción de un nuevo

faltando un *ius singolare* similar al del *miles*, sí es posible hablar de una verdadera cláusula codicilar; *op. cit.*, pp. 222-223.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 224-225. Probablemente la primera manifestación en sede prepandectística de esta locución aplicada al fenómeno de la conversión como tal se debe a HARPPRECHT (*Dissertatio iuridica inauguralis, de eo quod iustum est circa conversionem actuum negotiorumque iuridicorum iam peractorum*, Tübingen, 1747), vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 488, n. 60. Como ha recordado DE LOS MOZOS, el término "Conversion" o "Konversion" es el que predomina en la obra de los autores alemanes del XIX (BRINZ, VANGEROV, DERNBURG, UNGER, etc.), aunque a veces se utilicen otras expresiones como "Verwandlung" (BARON), "Umwandlung" (ARNDTS, WACHTER) o "Wandelung"; *op. cit.*, p. 16, n. 3. Hoy en día, se usa generalmente el término "Umdeutung" (ocasionalmente, "Konversion") para designar el fenómeno regulado por el § 140 B.G.B.: así, MAYER-MALY, Th., en *Münchener Kommentar (B.G.B. Allgemeiner Teil)*, vol. I, München, 1978, p. 869; DILCHER, H.: *J. von Staudingers Kommentar zum B.G.B. mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12ª ed., Berlin, 1980, §§ 90-240, p. 493; MEDICUS, D.: *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 2ª ed., Heidelberg, 1985, p. 186.

⁵¹ *Diritto delle Pandette*, I, traducción italiana de FADDA e BENSA, Torino, 1925, p. 272, n. 15: "La expresión no ha sido felizmente elegida. El negocio jurídico no es mantenido por lo que es; no se hace sino poner en evidencia un lado no manifiesto del mismo". Sin embargo, es al mismo WINDSCHEID a quien se debe en gran medida la divulgación de la expresión; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 488, n. 60. Vid. también GIUFFRÉ', *op. cit.*, p. 4, n. 2.

⁵² WENDT: *Lehrbuch der Pandekten*, Iena, 1888, p. 161.

⁵³ DERNBURG, A.: *System des Römischen Rechts- Pandekten*, traducción italiana de la 6ª ed., de CICALA, F. B., Torino, 1906, I, 1ª, p. 374: "En el caso se trata de conservación, no de transformación del negocio".

⁵⁴ GIUFFRÉ', *op. cit.*, p. 8, n. 5; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.111. El estudio más completo sobre el proceso de construcción de esta figura jurídica se debe al máximo especialista en materia de conversión, el tantas veces citado GANDOLFI, que ha dedicado una extensa monografía al tema, a la que ya hemos recurrido anteriormente: *La conversione dell'atto invalido. 1) Il modello germanico*, Milano, 1984. En ella el autor hace un minucioso examen de este proceso en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas del siglo XIX; a continuación reconstruye el proceso legislativo que terminará con la formulación del § 140 del B.G.B.; y afronta finalmente un cuidadoso análisis del instituto en el sistema jurídico alemán y de su aplicación práctica. Vid. también WIEACKER, F.: "La conversione dell'atto nullo nel diritto tedesco (e l'indagine di un comparatista italiano)", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1984, pp. 1.311 y ss., recensión a la obra de GANDOLFI.

sistema jurídico conceptual aplicable en la realidad jurídica contemporánea, y utilizan como material primordial el que les proporcionan las fuentes romanas, renunciando sin embargo (en la realidad de los hechos) a un intento puramente exegético en relación a ellas⁵⁵. El concepto de conversión así elaborado deberá responder a los principios y a las exigencias lógico-conceptuales del nuevo sistema, y su efectiva formulación (en la doctrina, en la jurisprudencia, y finalmente en el B.G.B.) reflejará este planteamiento de base.

Una primera manifestación dogmática del fenómeno se puede encontrar ya en el XVIII, todavía en sede iusnaturalista, con la obra de HARPPRECHT ("traductio vel commutatio unius negotii in alterum pro obtinendo et salvando necessaria, actui et intentioni agentis conformis")⁵⁶. Durante el XIX, la construcción del concepto de conversión se inserta en el más amplio proceso de elaboración de la teoría del negocio jurídico, obra máxima de los pandectistas; y así, la concepción acogida durante la mayor parte del siglo por los autores estará condicionada por el planteamiento en clave voluntarista del fenómeno negocial (la *Willenstheorie*), que encuentra la esencia del negocio en la "voluntad de los efectos jurídicos"⁵⁷.

El efecto inmediato de este planteamiento fue la exigencia de explicar el instituto de la conversión (tal como se manifestaba en las fuentes, sometidas sin embargo a un proceso, a menudo forzado, de coordinación y reducción a principios comunes), sobre

⁵⁵ *Op. cit.*, pp. 5-6. Particularmente sintomática es la actitud de los pandectistas frente a los textos romanos en materia de conversión. Al parecer, el concepto de conversión no es el resultado de la reconducción a una unidad integrada en el sistema de una pluralidad de fenómenos homogéneos; el esfuerzo, a menudo discutible en su planteamiento lógico, para explicar ciertos textos romanos en términos de conversión (p. ej., aquéllos relativos a la cláusula codicilar, vid., por todos, WENDT, *op. cit.*, p. 161), parece más bien la consecuencia del intento de encontrar una correspondencia en el ámbito de la práctica concreta a un concepto originalmente abstracto. En este sentido, vid. GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.110. Vid. también GANDOLFI, "Introduzione...", cit., pp. 224-225. El mismo autor sintetiza este aspecto en los siguientes términos: "...en la doctrina pandectista alemana, la idea de una posible recuperación del acto inválido nace ante todo como un efecto natural del 'sistema', en función y en el ámbito del cual las mismas fuentes son utilizadas: precisamente porque se trata de una construcción unitaria, concebida como contexto orgánico de categorías conceptuales, al contacto de las cuales la solución romana puede revelar un valor que trasciende de los límites del 'caso'. Así, la *ratio* que inspira la solución misma, y el mecanismo que la consiente, pueden, a través de una valoración inductiva, expresar o más bien sugerir un criterio de orden general"; *La conversione...2*)..., cit., p. 17. En particular, afirma GIUFFRÉ: "Ha de señalarse que los pandectistas cayeron en un error histórico de perspectiva (que, por lo demás, no les importaba a ellos), fundando la reconstrucción de la conversión en la interpretación medieval del mecanismo de la llamada 'cláusula codicilar'"; *op. cit.*, p. 33, n. 95.

⁵⁶ GANDOLFI, *La conversione...1*) *Il modello...*, cit., pp. 4-5, n. 5-6. Vid. también DE CASTRO, *op. cit.*, p. 488, n. 60; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.110.

⁵⁷ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 6 y ss.

bases acusadamente subjetivas, no pudiendo prescindirse, en este contexto sistemático, de una voluntad de los sujetos (aunque fuese presunta, tácita, subsidiaria o eventual) dirigida a los efectos jurídicos derivados del negocio convertido. De modo que la conversión, aun implicando una "transformación" del negocio, realiza al mismo tiempo un principio de "conservación" de la misma esencia del negocio: el elemento volitivo. Dentro de esta tendencia se desarrollan una serie de teorías ⁵⁸: la conversión como tratamiento de un negocio "parcialmente" nulo (THIBAUT, PUCHTA) ⁵⁹; la conversión como resultado de una operación hermenéutica o de una rectificación del *nomen iuris* erróneamente atribuido al negocio por los sujetos (DERNBURG) ⁶⁰; la conversión como sustitución de un negocio querido por las partes en vía principal, pero como tal nulo, por otro negocio, del que subsisten los requisitos objetivos, y querido por las partes en vía subsidiaria o eventual (FEIN) ⁶¹, implícita -en los términos del negocio- (KUNZE) ⁶², o presunta -fundándose tal presunción en la afinidad de efectos prácticos entre el negocio nulo y el negocio sucedáneo- (WINDSCHEID) ⁶³.

La evolución de las opiniones doctrinales hacia un nuevo planteamiento del fenómeno ⁶⁴ se inicia con la obra de RÖMER ⁶⁵, que reconoce el carácter instrumental del negocio respecto a la consecución de los efectos; y así, la conversión permitiría sustituir el instrumento manteniendo el efecto buscado por las partes. Sin embargo, en este autor se habla todavía de efectos jurídicos, lo que limita en gran medida la aplicabilidad práctica de tal concepto de conversión. El desarrollo contemporáneo de las teorías de la declaración y de la confianza (que ponen en cuestión el carácter absoluto de la teoría de la voluntad) es perceptible también -al menos en fase germinal- en la contribución del mercantilista THÖL

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁵⁹ THIBAUT: *System des Pandekten-Rechts*, vol. I, Jena, 1834, p. 64; PUCHTA: *Pandekten*, Leipzig, 1877, pp. 105-106.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 374.

⁶¹ En GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, t. XLV, trad. italiana de BONFANTE, Milano, 1909, pp. 439 y ss.

⁶² *Cursus des römischen Rechts*, 2ª ed., Leipzig, 1879, p. 309.

⁶³ *Op. loc. cit.*

⁶⁴ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 47 y ss.

⁶⁵ "Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselsprechen", en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 36, 1853, especialmente pp. 68 y ss.

⁶⁶, para quien, en tema de conversión, es necesario presumir lo posible y lícito como "querido", salvo prueba en contrario. La definitiva superación de la teoría de la "voluntad de los efectos jurídicos" se debe, sin embargo, a REGELSBERGER ⁶⁷, quien afirma la necesidad de fundar la conversión sobre la "sustancial" conformidad del resultado práctico -ya no jurídico- a que conduce el negocio sustitutivo respecto a aquél buscado por las partes ⁶⁸. Nos encontramos ya en vísperas de la promulgación del B.G.B.

Pero el problema de la conversión no se afronta en Alemania durante el siglo pasado sólo en sede dogmática y teórica. El examen de la experiencia jurisprudencial alemana, especialmente en los últimos treinta años del XIX ⁶⁹, pone de manifiesto, por un lado, cómo los jueces alemanes tuvieron ciertamente ocasión de plantearse la cuestión; por otro, proporciona los elementos de juicio necesarios para determinar hasta qué punto la construcción dogmática de los autores respondía a las exigencias de la práctica. Las conclusiones a las que llega GANDOLFI son definitivas, en el sentido de que la jurisprudencia alemana, en presencia de una concepción del instituto inadecuada para resolver los problemas prácticos, termina por eludir su aplicación. Las construcciones que se apoyaban sobre una voluntad efectiva, aunque presunta, con objeto de salvar el principio de la voluntad de los efectos jurídicos (dejando aparte otras teorías que reducían inadecuadamente la conversión a otros expedientes distintos, como la nulidad parcial, la rectificación del *nomen iuris*, o el negocio eventual), se revelan, en sede de aplicación práctica, como arbitrarias, ilógicas y, en definitiva, inútiles. Entre otras cosas, se manifiesta un irresoluble problema de prueba: la voluntad necesaria para sostener el negocio sustitutivo debe ser una voluntad efectiva, real; pero buscar tal voluntad en sujetos que no eran conscientes de la nulidad del contrato querido en vía principal resulta incongruente e irreal. Y, aunque se trate de verificar su concurrencia por medio del instrumento de la presunción, ésta puede ser sólo *iuris tantum* para no chocar con los principios fundamentales del sistema. En definitiva, la conversión opera solamente si se verifica lo que, por definición, es inverificable ⁷⁰. Los Tribunales alemanes, aun aceptando nominalmente las aportaciones de la doctrina, no las ponen en acto, y recurren a otros

⁶⁶ *Das Handelsrecht*, 3ª parte ("Das Wechselrecht"), 4ª ed., Leipzig, 1878, pp. 123 y ss. y 662, n. 7.

⁶⁷ *Pandekten*, vol. I, Leipzig, 1893, p. 638.

⁶⁸ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 52.

⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 55 y ss., especialmente 96 a 99.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 97.

instrumentos (fundamentalmente la aplicación del principio de conservación en sede hermenéutica, considerándose querido en vía principal el negocio que efectivamente puede tener validez), para llegar a una solución de justicia.

6. La formulación legislativa del concepto. El § 140 del B.G.B.

En este contexto doctrinal y jurisprudencial se afronta el problema de dar una formulación legislativa al instituto de la conversión en el nuevo Código ⁷¹. La fórmula definitiva acogida en el § 140 B.G.B. significará un cambio de rumbo decisivo en la concepción del fenómeno. Resulta particularmente significativo a este respecto la comparación entre los términos del § 111 del proyecto de primera lectura (1888) y la redacción definitiva del señalado § 140 ⁷². En el primero de ellos se disponía, conforme a la propuesta de GEBHARD:

"Si el negocio jurídico querido, pero como tal nulo, responde a todos los requisitos de otro negocio, entonces aquél ha de ser mantenido en vida bajo la forma de éste último, si ello es conforme a la voluntad tal como resulta de la efectiva conclusión del negocio nulo".

Se mantiene la exigencia de una efectiva voluntad de los sujetos, pero ahora ya se trata de una voluntad dirigida a los efectos jurídico-materiales; de modo que es admisible la conversión en un negocio que presente efectos jurídicos en cierta medida distintos de aquél efectivamente concluido, con tal de que tales efectos constituyan un *minus* respecto a los del negocio nulo. La existencia de tal voluntad ha de ser verificada por medio de presunciones formuladas a la vista del examen del caso concreto, no estando ya justificada una presunción de carácter general en sentido positivo o negativo. En todo caso, el instituto de la conversión aparece como distinto respecto a la nulidad parcial o a la corrección de la calificación del negocio.

La fórmula del § 111 fue objeto de crítica por parte de GOLDSCHMIDT y ZITTELMANN, en cuanto suponía el mantenimiento de un planteamiento tradicional del fenómeno que ya se había revelado como inaplicable en la práctica. En cambio, estos

⁷¹ Sobre los precedentes legislativos en el área germánica y sobre el proceso que concluye con la formulación de la norma del § 140 B.G.B., vid. de nuevo GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁷² *Op. cit.*, p. 117 y ss.

autores sugieren que se fundamente la conversión sobre la "voluntad hipotética", es decir, partiendo del negocio efectivamente realizado por los sujetos para identificar aquel esquema negocial -cuyos requisitos reúna el supuesto de hecho subsistente- que sea conforme a sus intereses, y deteniéndose tan sólo cuando resulte una voluntad obstativa distinta. Acogidas en la propuesta de BÖRNER para el proyecto de segunda lectura, estas observaciones inspirarán la definitiva redacción del § 140 B.G.B.:

"Si un negocio jurídico nulo responde a los requisitos de otro negocio, entonces vale éste último, si debe admitirse que la validez de éste, conociéndose la nulidad, habría sido querida" ⁷³.

De la lectura de este precepto resulta evidente la ruptura con la dirección predominante en la literatura del XIX: se renuncia definitivamente a la "voluntad del negocio" y se busca apoyo, por una parte, en el interés perseguido por las partes, al objeto de identificar un negocio -a cuyos requisitos responda el supuesto de hecho verificado- susceptible de realizar tal interés en una medida suficiente; y por otra parte, se funda la concreta actuación de este segundo negocio sobre una voluntad que ya no es efectiva, sino sólo "hipotética". No se trata ya de verificar una voluntad que, en la mayoría de los casos, no puede existir; sino de hacer una "valoración conjetural, aunque basada en la utilización de los elementos reveladores del concreto impulso volitivo" ⁷⁴. Se da así el paso necesario para hacer aplicable en la práctica el instituto. Sin embargo, hay que destacar el hecho de que el legislador alemán no prescinde tampoco ahora de la fundamentación volitiva del fenómeno de la conversión, y la posibilidad de construir una voluntad hipotética favorable al nuevo negocio aparece así como un requisito *sine qua non* del mecanismo.

El § 140 no constituye, de todos modos, una solución aislada respecto al esquema y los principios fundamentales del sistema del B.G.B. ⁷⁵. En realidad, representa una clara manifestación -quizá la más explícita- de la solución de "compromiso" a la que llega el legislador alemán en la elección de los principios esenciales: por una parte, el principio de autonomía de la voluntad (§§ 133, 116,II, y 117); por otra, la teoría de la declaración

⁷³ § 140 B.G.B.: "Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde".

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁵ Sobre la inserción del § 140 en el sistema del Código alemán, vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 145 y ss.

(*Erklärungstheorie*) (§§ 116,I y 157) y los criterios de la confianza y de la autorresponsabilidad (§§ 119 y 120).

El examen del proceso de construcción del instituto de la conversión en Alemania proporciona los elementos de juicio fundamentales para la comprensión de la evolución posterior del fenómeno y de los problemas por él suscitados, no sólo en el mismo país de origen, sino también en los otros sistemas jurídicos continentales. En efecto, el planteamiento inicial del tema en el ámbito jurídico alemán explicará en gran medida, tanto la no recepción del instituto en Francia, como su afirmación -también a nivel legislativo- en Italia; y, respecto a este último país, condicionará decisivamente los términos de la discusión en sede doctrinal y jurisprudencial. Desde este punto de vista, será útil hacer una referencia a los aspectos más destacados del examen hasta ahora realizado:

a) La conversión como instituto es una creación esencialmente dogmática, más que el resultado de una exigencia práctica; una derivación lógica de los principios estructurales de un sistema tendencialmente abstracto, como es el elaborado por la Pandectística, más que una explicación técnica de un fenómeno jurídico frecuente en la práctica.

b) Los resultados a los cuales permite llegar la aplicación del instituto de la conversión aparecen, en general, como realizables también mediante la utilización de otros instrumentos jurídicos cuya aplicación está más consolidada en la práctica. Prueba de ello es el hecho de que la jurisprudencia alemana anterior al B.G.B., aun aceptando en teoría la figura de la conversión tal como había sido construida por la doctrina, recurriera a otros instrumentos para llegar a soluciones de justicia, a la vista de la inaplicabilidad práctica de aquélla. Esta conclusión resultará confirmada con el examen del sistema francés, que no ha considerado necesario el recurso a la figura de la conversión.

c) El planteamiento inicial del instituto, condicionado por las exigencias conceptuales derivadas del "dogma de la voluntad", refleja una contradicción de partida que los pandectistas no consiguen resolver, ni siquiera intuir: el intento -coherente con los principios del sistema- de salvar la iniciativa negocial de los sujetos de la invalidez es incompatible con la concepción de la "voluntad del negocio" como esencia irrenunciable del fenómeno negocial. Sólo cuando se admite que la voluntad que se ha de conservar es aquélla dirigida a los efectos práctico-económicos se hace coherente y aplicable la conversión.

d) Pero aquel planteamiento de base no podía por menos de dejar su huella en la formulación positiva del instituto. El concepto de "voluntad hipotética" acogido por el § 140 B.G.B. puede constituir un elemento de valoración útil, y un instrumento adecuado para determinar la aplicabilidad al caso concreto de la conversión; de hecho, la doctrina alemana actual no duda en ver en él el punto clave del mecanismo ⁷⁶. Sin embargo, en la mentalidad subyacente al § 140, aquel concepto no aparece sólo como criterio determinante o requisito necesario de la conversión, sino como el imprescindible fundamento volitivo de los efectos del negocio convertido; en definitiva, tratando de superar la rémora del "dogma de la voluntad", se elige una fórmula que constituye un homenaje al mismo, al menos nominal. La recepción de una fórmula esencialmente coincidente en el art. 1.424 del Código Civil italiano de 1942 (donde, no obstante, la referencia expresa a la "finalidad perseguida por las partes" abrirá una nueva perspectiva en la comprensión del fenómeno) volverá a poner en discusión la cuestión en un contexto jurídico distinto.

7. El sistema francés.

Como es bien sabido, el instituto de la conversión no ha sido acogido por el sistema jurídico francés ⁷⁷. El Código napoleónico de 1804, obviamente, no podía dar ingreso en su

⁷⁶ WIEACKER, *op. cit.*, p. 1.323: "La contribución del legislador de 1896 se ha revelado como sorprendentemente sólida y eficaz, y ha sido como tal reconocida y aplicada por la doctrina y la jurisprudencia. Precisamente la *fictio* de una "voluntad sustitutiva", que aparece sólo a última hora y que parece a primera vista artificiosa, se ha evidenciado como una acertada vía intermedia entre las ilusiones psicologistas (como la voluntad presunta o eventual) y la configuración judicial del contrato, impuesta a las partes, e inconciliable con el principio de autonomía privada". Vid. también MEDICUS, *op. cit.*, p. 187; DILCHER, *op. cit.*, p. 495. No deja de advertirse, sin embargo, la trascendencia que los objetivos económicos de las partes adquieren como punto de referencia esencial a la hora de averiguar la voluntad hipotética; vid. MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 873; LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, trad. española y notas de IZQUIERDO Y MACIAS-PICAVEA a la 3ª ed. alemana, Jaén, 1978, pp. 642-643.

⁷⁷ DE LOS MOZOS, probablemente movido por el deseo de presentar la conversión como principio general y de fundamentar su inserción en el Derecho español, incurre, a nuestro juicio, en un cierto prejuicio "positivo" al afrontar el tema de la conversión en el Derecho francés. Por una parte, afirma en términos generales que la conversión es admitida en la doctrina "de todos los países que siguen el sistema jurídico privado continental", y aun habiendo sido recibida a nivel legislativo sólo en los sistemas alemán e italiano, "puede ser invocada en los Derechos de los restantes países y en particular en el nuestro", *op. cit.*, p. 159. En otro lugar, y respecto al Derecho francés en concreto, afirma que en él, no existiendo un precepto que acoja la conversión con carácter general (fuera de alguna manifestación aislada), sin embargo la misma es reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, pp. 32-33. Por otra parte, sin embargo, no puede evitar reconocer la escasa consistencia de esta afirmación, y así admite que sólo raramente se encuentran en la doctrina francesa alusiones al tema, p. 10; y que la pretendida asunción de la figura en la jurisprudencia no ha sido "muy profunda y uniforme", p. 34. Vid., de todos modos, la opinión de ARMINJON, NOLDE y WOLFF, *Traité de Droit comparé*, Paris, 1950, vol. II, p. 152 (cita en RIERA AISA, L.: "Conversión (del negocio jurídico)", en

regulación a una figura jurídica que todavía no había nacido como instituto dotado de entidad propia ⁷⁸; y tampoco será posible encontrar en la elaboración doctrinal y jurisprudencial ulterior una llamada decidida a la necesidad de asumir los resultados alcanzados en Alemania ⁷⁹.

A la explicación de las razones de esta actitud negativa del sistema francés frente a la conversión ha dedicado un interesante estudio GANDOLFI ⁸⁰, cuyos resultados son singularmente clarificadores, no sólo por lo que se refiere a la concreta experiencia francesa, sino también a nivel de comprensión del instituto en general. Son diversos los factores que están en la base misma de aquella actitud. Es cierto que el sustrato romanístico es común a la construcción de los sistemas jurídicos alemán y francés; pero el modo de afrontar la exégesis de los textos será profundamente distinta en los respectivos ambientes ⁸¹.

Fundamental desde este punto de vista -como en general para toda la evolución posterior del sistema francés- es la aportación de POTHIER ⁸². La profunda diferencia entre el planteamiento de base del estudio por él realizado de los textos romanos y el de los pandectistas alemanes explica en gran medida la ausencia en su obra de una referencia al

Nueva Enciclopedia Jurídica, V, Barcelona, 1953, p. 718), en el sentido de que, aun no conteniendo el *Code* francés una disposición análoga a la del § 140 B.G.B., se admite sin dificultad, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que cuando un acto viciado de nulidad absoluta reúna los elementos de validez de otro, de naturaleza distinta, éste último habrá de considerarse como válido si tal es la intención de las partes.

⁷⁸ Sobre el alcance que, desde este punto de vista, se puede atribuir a la norma del art. 1.318 del *Code*, vid. *infra*, en este párrafo; otra manifestación aislada del fenómeno se puede encontrar en el art. 110,2 del Código de Comercio francés, que determina el alcance de la nulidad de la letra de cambio incompleta estableciendo que tal título "ne vaut pas comme lettre de change". Esta formulación implica que el título puede tener otro valor jurídico, y en efecto ésa es la posición de la jurisprudencia francesa, que, según los casos, considera el título, nulo en cuanto letra de cambio, como "billet" a la orden, como simple título civil (promesa de pago o reconocimiento de deuda), o incluso como medio de prueba (principio de prueba por escrito en el sentido del art. 1.347 del *Code civil*). En todo caso, es importante destacar que estas soluciones alternativas resultan de aplicar los mismos términos del Derecho común, es decir, analizando el supuesto de hecho conforme a su valor intrínseco, y excluyendo tan sólo los peculiares efectos añadidos que derivan de la estricta observancia de las formalidades cambiarias. Vid. JEANTIN, M.: "Lettre de change. Création. Forme. Capacité. Représentation", en *Iuris Classeur Commercial*, Fasc. 410, 1984, nº 28; PATARIN, J.: *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1954, pp. 223-224; vid. también DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 33, n. 69.

⁷⁹ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 488, n. 66.

⁸⁰ *La conversione...2)*..., cit., pp. 1 a 185.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 2..

⁸² *Op. cit.*, pp. 6 y ss. Sobre el silencio de DOMAT en materia de conversión, vid. p. 17, n. 59. En esencia, el autor francés parte de un planteamiento ideológico (iusnaturalismo, inspiración ético-religiosa) y conceptual (carácter esencial de las formalidades requeridas en el ámbito jurídico influido por el *Droit coutumier*), que precluye la posibilidad de afrontar el examen de los textos romanos que conciernen a la recuperación de los actos inválidos en la perspectiva de la conversión.

problema de la conversión. Falta en POTHIER el intento de "construir un sistema", en el sentido que la expresión asume en Alemania. El *novus ordo* proyectado por él se basa en la finalidad primordial de reconducir a la unidad de un nuevo Derecho nacional francés la diversidad de fuentes que confluyen en aquel momento histórico (*Droit coutumier*, tradición romana, Escuela del Derecho Natural); y se construye con los instrumentos del sentido de la justicia, la claridad y precisión jurídica, el uso de una terminología unificada, el eclecticismo. Se trata de un planteamiento "casuístico, y no sistemático", ordenado ante todo a "hacer la aportación del jurista útil para la praxis"⁸³.

Coherentemente con esta base de partida, la lectura hecha por POTHIER de los textos romanos no podía coincidir con la de los juristas alemanes. Cuando afronta la exégesis de los fragmentos examinados por los pandectistas en sede de conversión (por ejemplo, del matrimonio nulo en esponsales, del testamento común nulo en testamento militar), el jurista francés no busca generalmente un significado trascendente respecto a la hipótesis concreta, un principio general subyacente a la solución objeto de consideración; ni enfoca su estudio desde el punto de vista de la recuperación de un acto inválido, sino de aquél de la posibilidad de descubrir en el supuesto de hecho un intento negocial, aunque sea tácito, susceptible de producir el efecto buscado. En otros casos (p. ej., el de la *acceptilatio* nula, válida como pacto *de non petendo*), el presupuesto de la solución romana, es decir, la distinción entre Derecho civil y Derecho pretorio, determina que el autor no se detenga en el estudio de un mecanismo carente en ese momento de aplicabilidad práctica⁸⁴.

La influencia de la obra de POTHIER -y de la tradición por él recogida y reelaborada- sobre la Codificación francesa se dejará sentir sobre otros dos aspectos fundamentales relacionados con el tema de la conversión: el régimen de la invalidez y la

⁸³ *Op. cit.*, pp. 16-17. En coherencia con el planteamiento de POTHIER, la Codificación francesa (y posteriormente la doctrina) permanecerá del todo ajena a la elaboración de la teoría del negocio jurídico (vid. MIRABELLI, G.: Voz "Negozio giuridico (teoria)", en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 5), que, como sabemos, constituirá el marco condicionante de la construcción del instituto de la conversión en Alemania.

⁸⁴ *Op. cit.*, pp. 20-21. Añade el autor que "el planteamiento argumental genera la impresión de que POTHIER no habría concebido como admisible desviación alguna respecto al resultado de la valoración hermenéutica y de la consiguiente calificación del supuesto de hecho, con el fin de consentir que el acto ineficaz tuviera efecto". En la raíz de esta actitud sería posible encontrar un sustrato ideológico similar al de DOMAT, es decir, "una exigencia -profundamente sentida como conforme a la *raison*- de claridad (...): la misma exigencia que los compiladores del *Code Napoléon* advertirán de un modo pronunciado"; *op. cit.*, pp. 23 a 25.

formulación del principio de autonomía de la voluntad. En cuanto al primer aspecto ⁸⁵, el *Code* prescindirá de una disciplina normativa específica para la nulidad absoluta de los contratos, que aparece como respuesta del ordenamiento frente a la violación de una norma dirigida a la protección del interés público; el acto nulo no puede producir ningún efecto, y no puede ser confirmado -a diferencia del acto anulable-; y la voluntad incorporada a él se hace definitivamente ineficaz, no pudiendo ser ya reutilizada (criterio lógico de causalidad) ⁸⁶, salvo los casos de expresa previsión legislativa al respecto, como el del art. 1.318 ⁸⁷, o como aquél, introducido en el Código en la reforma de 1950, relativo al testamento místico o secreto, nulo como tal por defecto de forma, pero válido como testamento ológrafo si reúne los requisitos del mismo (art. 979,2).

En cuanto al principio de autonomía de la voluntad ⁸⁸, se convertirá en la esencia misma del nuevo Código, como expresión jurídica de los principios filosóficos y políticos triunfantes con la Revolución; y así, en la formulación de POTHIER, se afirmará la base esencialmente consensual del contrato, destacándose sin embargo el elemento volitivo -a diferencia de los pandectistas- en cuanto dirigido al efecto económico-práctico, más que al

⁸⁵ Vid. *op. cit.*, pp. 25 y ss, y también 41 a 43. La concepción de la nulidad -absoluta- en Francia en vísperas de la codificación es esencialmente negativa ("quod nullum est nullum producit effectum"), en coherencia con su relación directa con la protección del interés público; lo que explica, por una parte, la ausencia de un interés doctrinal enderezado a la elaboración dogmática del concepto de nulidad, de su naturaleza y efectos; y, por otra parte, la imposibilidad lógica de realizar, en relación con el acto nulo, "una valoración 'crítica' -con vistas a la eventual utilización de su sustrato volitivo y de sus elementos objetivos- con el fin de consentir, en la medida de lo posible, la actuación del interés específico perseguido por sus autores"; *op. cit.*, p. 43. Otros aspectos de la mentalidad del legislador francés contribuyen a precluir la recepción de la conversión en el *Code*, como la exigencia -de base ideológica- de claridad en la construcción de los institutos jurídicos y de seguridad en el planteamiento de las relaciones jurídicas (incompatibles con el carácter marcadamente abstracto y potencialmente inseguro de la conversión), y las reticencias frente a un margen de actuación judicial demasiado amplio; *op. cit.*, p. 64.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 178.

⁸⁷ "L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties". En realidad, como señala GANDOLFI, la norma no declara nulo el acto en cuestión ("n'est point authentique"), ni constituye una aplicación del mecanismo de conversión. El acto tiene aquella eficacia considerada por la ley como conforme a los elementos objetivos presentes en él, presumiéndose *iuris et de iure* que las partes lo han querido también como escritura privada (quedando intacto su contenido). En definitiva, en aplicación de este artículo se produce una calificación *ex lege* del acto que, sin chocar con las exigencias de claridad y certidumbre subyacentes al *Code*, responde, en sentido amplio, a una *ratio* conservativa (aunque el precepto tuvo en su origen una función más bien restrictiva, en cuanto se dirigía a limitar al ámbito de la consistencia real del supuesto de hecho, el alcance del antiguo principio *error communis facit ius*); *op. cit.*, pp. 65 y ss.

⁸⁸ Sobre la doctrina de la autonomía de la voluntad en la codificación francesa y en los comentaristas del XIX, vid. WEILL, A., y TERRE', F.: *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., 1975, pp. 49 y ss. Vid. también, GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 32 y ss.

jurídico ⁸⁹. En su concreta configuración legislativa, el principio de autonomía de la voluntad resulta incompatible con la conversión ⁹⁰: la voluntad individual, valorada desde un punto de vista marcadamente psicológico, se acoge como instrumento particularmente adecuado a las exigencias del tráfico jurídico. Es la voluntad de las partes (como resulta claramente verificada en sede hermenéutica) la que determina los efectos jurídicos del contrato, no siendo admisible la configuración del acto, por obra del juez, con un perfil distinto de aquél elegido por las partes, aun siendo ello conforme a los intereses perseguidos ⁹¹.

Hay que tener en cuenta en este punto que la *Willenstheorie* alemana y la doctrina clásica francesa de la autonomía de la voluntad, aun teniendo un origen y una fundamentación comunes, asumen sin embargo una significación sustancialmente diversa. En efecto, mientras la primera hace derivar los efectos del acto jurídico en último término del Derecho objetivo, la segunda los refiere directamente a la voluntad. En la base de esta diferencia está el hecho de que, mientras los pandectistas alemanes conciben la autonomía de la voluntad como un principio esencialmente filosófico, llamado a conciliarse en el terreno de la técnica con otros principios igualmente fundados (como la necesaria seguridad de las transacciones jurídicas, que conducirá a la progresiva aceptación de la *Erklärungstheorie*), los juristas franceses, condicionados por las circunstancias históricas de su país, la conciben como un principio político, dotado de una aureola cuasi metafísica, y en consecuencia mucho más rígido a la hora de admitir condicionamientos o manipulaciones de carácter legal o judicial en aras de la protección de otros principios jurídicos ⁹².

La posibilidad, por tanto, de mantener la eficacia propiamente negocial de un acto a primera vista inválido se agota dentro de los límites de la interpretación objetiva o conservativa (art. 1.157 del Código francés) o en la calificación conforme a la voluntad concreta y efectiva de los sujetos, que sólo en vía excepcional, y a partir de una valoración abstracta y general del legislador, se establece por medio de una presunción *iuris et de iure*

⁸⁹ GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 65.

⁹² Vid. RIEG, A.: "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle", en *Archives de Philosophie du Droit. Le rôle de la volonté dans le Droit*, Paris, 1957, pp. 126-128, y en ésta n. 5, con cita de COUMAROS.

sobre la base de la consistencia real del acto (art. 1.318), evitándose con ello una declaración de nulidad que haría inutilizable el acto en su significación negocial. Fuera de estos supuestos, la realización de los fines perseguidos por los sujetos sólo será posible en la medida en que quepa atribuir relevancia al acto inválido como simple hecho susceptible de ser valorado en sede probatoria, o de la posibilidad de consolidar la eficacia de un determinado acto de cumplimiento en cuanto fundado en una causa justificativa distinta del contrato inválido (así, en el caso de las obligaciones naturales voluntariamente satisfechas, art. 1.235,2 del *Code*)⁹³.

En este contexto normativo, la entrada en vigor del Código alemán suscitó el intento, por parte de algunos autores, de dar entrada en el sistema francés al concepto de conversión tal como se había configurado en Alemania⁹⁴. Sin embargo, esta tendencia no tuvo continuidad, afirmándose por la mayoría de los autores la inaplicabilidad práctica del instituto en el Derecho francés⁹⁵, hasta el punto de ser rechazada en el curso de los trabajos preparatorios para la reforma del Code (al final no llevada a cabo) realizados en los años cuarenta⁹⁶. En compensación, comienza a consolidarse en la doctrina francesa el concepto de *conversion par réduction*⁹⁷, que se resuelve sin embargo en una nueva

⁹³ *Op. cit.*, pp. 166-167 y 180-181.

⁹⁴ Así, sobre todo, en la recensión de HÉMARD a la obra de SATTA, *Compt. rend. crit. -Droit civ.-* G. SATTA, "La conversione dei negozi giuridici" -Milano, 1903, en *Nouvelle Revue Historique*, 1907, pp. 720 y ss.; y en la obra de PIÉDELIÉVRE, J.: *Des effets produits par les actes nuls*, thèse, Paris, 1911, en la cual se parte del art. 1.318, considerado como hipótesis de conversión en el sentido del § 140 B.G.B., para afirmar la admisibilidad de un principio general de conversión subyacente a las concretas hipótesis previstas expresamente por la ley, y actuable por los jueces por medio del criterio de la analogía; la inconsistencia de tal teoría se pone de manifiesto, sin embargo, cuando el autor ve en la conversión el resultado de una operación hermenéutica. Vid. GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

⁹⁵ Así SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, pp. 314 y ss.; PERRIN, X.: *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse, Besançon, 1911. Estos autores ponen de manifiesto las diferencias esenciales que se dan entre el sistema francés y el alemán, y que precluyen la posibilidad de recurrir a la conversión. Una referencia más reciente a la cuestión se encuentra en PONSARD, A. y BLONDEL, P.: Voz "Nullité", en *Encyclopédie DALLOZ*, 2ª ed., 1973, t. VI, p. 11, nº 160; se considera el art. 1.318 del Código francés como manifestación de una regla más general de conversión de los actos jurídicos ineficaces; sin embargo, y sintomáticamente, se reconoce que ésta "n'a que rarement l'occasion de s'appliquer". Vid. también GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 124 y 130 y ss.

⁹⁶ GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

⁹⁷ Ya preanunciado en HÉMARD y después elaborado por la doctrina posterior: TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1957, pp. 209 y ss. y 420; GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, 1975, pp. 388 y ss.; GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations. 1. Le contrat*, Paris, 1980, pp. 276 y 743. Vid. GANDOLFI, pp. 124 y 132 y ss. La diferencia esencial entre la *conversion par réduction* francesa y la conversión sustancial propiamente dicha se pone de manifiesto en la exigencia, sentida por la doctrina francesa (vid. PATARIN, *op. cit.*, pp. 233-234), de que el mecanismo respete en todo caso la "voluntad real de las partes". En este mismo autor se percibe la actitud de prudencia frente a la

calificación del acto, fundada sobre los elementos subsistentes en él, al objeto de reconocer eficacia al supuesto de hecho menor comprendido en otro mayor incompleto, constando la presumible voluntad subsidiaria de los sujetos. En definitiva, se trata de una figura que tiene poco que ver con el instituto de la conversión en sentido propio, y que encuentra su campo de aplicación propio en el ámbito de los actos solemnes, sobre el presupuesto de que en éstos la forma solemne aparece como una condición "artificial" de validez, cuyo defecto no comporta la inexistencia del acto mismo, ni excluye una nueva calificación conforme a su consistencia efectiva (así, por ejemplo, se cita el caso de un testamento formalmente inválido que contenga el reconocimiento de un hijo natural; se admite la validez de éste último en cuanto acto autónomo) ⁹⁸.

El examen de la experiencia francesa en materia de conversión permite, en consecuencia, formular las siguientes conclusiones:

a) En el momento de la Codificación francesa el concepto mismo de conversión del contrato nulo no ha alcanzado todavía un grado de madurez suficiente para que los legisladores se planteen ni siquiera la posibilidad de darle entrada en el Código. Lo que prueba claramente que el instituto mismo no es en absoluto un producto de la común tradición romana, sino una creación original de los pandectistas alemanes.

b) Por otra parte, el sustrato ideológico y político de la Codificación en Francia viene a determinar una serie de exigencias de orden sistemático y conceptual (claridad, concreción, seguridad) naturalmente incompatibles con la elaboración de un instituto como la conversión.

c) La admisión de la conversión en un momento posterior -a pesar de los intentos en este sentido- queda precluida por las características estructurales (especialmente el régimen de la nulidad de los contratos) y por los principios fundamentales del *Code* (sobre todo por el alcance que adquiere el principio de autonomía de la voluntad).

d) A falta del instituto de la conversión, el sistema francés, según los casos, ha renunciado -en coherencia con sus principios ordenadores- al mantenimiento a ultranza del interés de las partes; o bien ha encontrado otras vías para afrontar los problemas prácticos derivados de un régimen de nulidad excesivamente riguroso, cuando su aplicación

reestructuración judicial del contrato en aras del mantenimiento de la intención de las partes y sobre la base de la equivalencia de los resultados; vid. especialmente p. 253.

⁹⁸ GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 135-136.

determina un desfase respecto a la situación de hecho ya producida sobre la base del acto nulo.

e) La experiencia francesa en tema de conversión debe ser tomada en consideración para poder apreciar al auténtico alcance del instituto de la conversión; sobre todo cuando se ponga en cuestión la admisibilidad de dicha figura en los sistemas jurídicos, especialmente los de matriz francesa (como el español), que no lo han recibido a nivel legislativo.

8. La conversión en Italia bajo la vigencia del Código de 1865.

La experiencia italiana en materia de conversión resulta sustancialmente distinta de la francesa, y al mismo tiempo altamente representativa de la evolución del Derecho italiano después de la Codificación. El interés de la doctrina y de la jurisprudencia por el instituto de la conversión comienza a evidenciarse ya bajo la vigencia del Código Civil del 1865, elaborado según el modelo del *Code Napoléon*⁹⁹; la influencia de la dogmática alemana sobre los autores italianos determina un evidente esfuerzo por parte de éstos para asimilar las categorías conceptuales elaboradas por la Pandectística y hacerlas aplicables en un contexto normativo fundado, como sabemos, sobre unos presupuestos claramente distintos. Como consecuencia, los intentos de recibir el instituto de la conversión en un primer momento deben considerarse como infructuosos, ya que en general terminan por dar a la conversión una configuración inadecuada, planteándose por otra parte la discusión sobre una base equivocada -lo forzado del intento hace difícil la comprensión de la misma evolución del concepto en Alemania-, que condicionará la suerte del instituto incluso después de su recepción legislativa en 1942¹⁰⁰.

En un primer momento, el concepto de conversión es utilizado con el objeto de calificar dogmáticamente, según un principio de alcance más general, la solución acogida por el legislador en ciertos casos particulares. Así, por lo que se refiere al Código de 1865, el del testamento secreto irritual, válido como testamento ológrafo (art. 804), y el del acto público asimismo inválido por defecto de forma, mantenido en vida como documento

⁹⁹ Sobre la influencia del *Code* francés en el Código italiano de 1865, vid. NICOLO', R.: Voz "Codice civile", en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, pp. 242 y ss.

¹⁰⁰ GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., pp. 189 a 308, especialmente 297-298. Vid., del mismo autor, "Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà 'ipotetica'", en *Riv. Dir. Civ.*, n. 2, 1990, pp. 197 y ss.

privado (art. 1.316)¹⁰¹; en cuanto al Código de Comercio, se mencionan las hipótesis de la letra de cambio nula por defecto de forma, que puede producir los efectos de una obligación ordinaria (art. 254), y del préstamo a cambio marítimo, que a falta de escritura, vale como mutuo simple (art. 590)¹⁰². Hay que subrayar en este momento la tendencia a asimilar los conceptos de negocio nulo y negocio inexistente, introduciéndose así una primera incongruencia: el concepto esencialmente negativo de la nulidad -de origen francés- es difícilmente compatible con el fenómeno de la conversión. La necesidad de superar este obstáculo lleva a los autores a buscar explicaciones no siempre convincentes, como las que sitúan a la conversión en el ámbito de los efectos que derivan del negocio nulo en cuanto "hecho existente por sí mismo y efectivamente realizado que no puede destruirse"¹⁰³.

La concepción de la conversión inicialmente acogida en la literatura italiana se remonta al esquema fundado todavía en el dogma de la voluntad, y en consecuencia a la idea de una voluntad efectiva, aunque pueda ser también tácita o "presunta", subsidiariamente dirigida al negocio que sustituye al supuesto de hecho inválido, y a la que se puede llegar por vía interpretativa¹⁰⁴. Coexisten en este momento dos tendencias distintas, que los autores no consiguen resolver: por una parte, la influencia germánica, que induce a los autores a buscar manifestaciones del instituto de la conversión en el propio Derecho, tratando al mismo tiempo de legitimar esta actitud sobre la base de una cuidadosa, aunque más bien artificiosa reconstrucción de una tradición jurídica precedente

¹⁰¹ Así, SATTA -autor de la primera monografía italiana sobre el tema de la conversión-, *op. cit.*, pp. 87 y 134, para quien se da en estos casos "una simple aplicación de los principios generales en materia de conversión" (aunque se trate de conversión formal, considerada por el autor como una especie de conversión en sentido propio, p. 10); en sentido parecido, CHIRONI, G. P. y ABELLO, L.: *Trattato di diritto civile italiano, vol. I (Parte generale)*, Torino, 1904, p. 507. En contra, COVIELLO, N.: *Manuale di diritto civile italiano, vol. I (Parte generale)*, Milano, 1910, p. 317, para quien no cabe hablar de conversión cuando, pudiendo hacerse valer un acto en diversas formas, y siendo la elegida nula, adquiere validez la forma menos rigurosa cuyos requisitos se dan, "ya que es idéntico el negocio que se hace valer y el querido por las partes". En el mismo sentido, vid. STOLFI, N.: *Diritto civile, vol. I, parte seconda (Il negozio giuridico e l'azione)*, Torino, 1931, p. 771.

¹⁰² Consideradas, junto a las de los artículos 804 y 1.316 del Código Civil, como hipótesis de conversión legal (y, en consecuencia, de verdadera y propia conversión, según el autor) por PACIFICI-MAZZONI, E.: *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5ª ed., al cuidado de VENZI, vol. II, parte I, Firenze, 1914, p. 597. Vid. también SATTA, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

¹⁰³ Así, COVIELLO, *op. cit.*, p. 316. Vid también SATTA, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁴ GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.111.

del Derecho Romano ¹⁰⁵; por otra, la convicción sobre la incompatibilidad de la formulación dada al instituto en el B.G.B. con los principios fundamentales del *Codice* de 1865 ¹⁰⁶. Consecuencia inevitable de ello es la necesidad de remitirse a una concepción de la conversión ya superada en Alemania al haberse constatado su inaplicabilidad práctica y su incongruencia lógica; al mismo tiempo, el intento de encontrar una construcción capaz de armonizar el principio en cuestión con los condicionamientos derivados de la norma positiva se resuelve en la discutible clasificación de las diferentes especies de conversión: sustancial, formal, legal y voluntaria ¹⁰⁷.

El planteamiento inicial del tema resulta contestado en los decenios siguientes: así, además de excluirse decididamente la reconducción al ámbito de la conversión de figuras que, como la rectificación del *nomen iuris* ¹⁰⁸ o la simulación relativa ¹⁰⁹, nada tienen que ver con la conversión, se rechaza asimismo la calificación como conversión del negocio con voluntad alternativa ¹¹⁰ -figura en la que se resolvía, en la práctica, la conversión fundada sobre la voluntad efectiva de las partes-; de las hipótesis a las que se refieren los

¹⁰⁵ Vid. al respecto, la meritoria, pero escasamente convincente investigación histórica realizada por SATTÀ en su trabajo, tanto por lo que se refiere al instituto de la conversión en general como a las particulares hipótesis de la misma; *op. cit., passim*. Una crítica del recurso que los partidarios de la teoría de la voluntad efectiva hacen al ejemplo de la cláusula codicilar en PACCHIONI, G.: *Elementi di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 1921, p. 330.

¹⁰⁶ El mismo SATTÀ afirma en un momento dado que, aun faltando en el Código italiano una disposición especial relativa a la conversión, ésta puede admitirse a través del mecanismo interpretativo y con base en los principios generales del Derecho (*op. cit.*, p. 75); sin embargo, ante la necesidad de reconocer la imposibilidad de apelar al mecanismo de la voluntad hipotética en el ordenamiento italiano, trata de fundamentar la operatividad de la conversión a partir de la constatación, en vía interpretativa, de una voluntad tácita o implícita de los interesados, pp. 77 a 80. En un sentido coincidente, PACIFICI-MANZONI, *op. cit.*, pp. 598-599. Aún en la época inmediatamente anterior al nuevo Código de 1942, se manifiestan en este sentido VENZI, G.: *Manuale di diritto civile italiano*, 8ª ed., reimp., Torino, 1937, pp. 168-169; y STOLFI, *op. cit.*, p. 770.

¹⁰⁷ Así, SATTÀ, *op. cit.*, p. 10: "La conversión es sustancial cuando los efectos del negocio convertido son esencialmente distintos de los que habría podido producir el negocio inválido [el autor propone los ejemplos de la simulación relativa, y los de los artículos 254 y 590 del Código de Comercio]; formal cuando se reduce a una simple mutación en la forma del acto [arts. 804 y 1.316 CC]; legal cuando se realiza con base en una disposición legal [de nuevo los artículos 804 y 1.316 CC]; voluntaria, en cambio, cuando, a falta de tal disposición, se actúa con base en la voluntad de las partes". Vid., en el mismo sentido, LONGO, C.: *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1930, pp. 60-61. Aun después de la entrada en vigor del nuevo Código es perceptible la influencia de esta clasificación; así, en DE RUGGIERO, R. y MAROI, F.: *Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., vol. I, Milano, 1950, p. 146.

¹⁰⁸ En realidad, la diferencia entre esta figura y la conversión no había suscitado ninguna duda tampoco en la doctrina anterior; así, SATTÀ, *op. cit.*, pp. 13-14; STOLFI, *op. cit.*, p. 771; COVIELLO, *op. cit.*, p. 317. Ulteriormente esta idea resulta confirmada por FADDA, C., BENSA, P.E., y BONFANTE, P.: "Note dei traduttori" al libro segundo del *Diritto delle Pandette* de WINDSCHEID, vol. IV, Torino, 1930, p. 457; FERRI, "La conversione dei negozi giuridici", en *Nuovo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1938, p. 210.

¹⁰⁹ FADDA y BENSA, *op. cit.*, p. 457; PACCHIONI, *op. cit.*, p. 326.

arts. 804 y 1.316 del *Codice*¹¹¹; y, por último, de los casos en que un negocio nulo produce ciertos efectos fundados directamente en la ley, sin que se pueda hablar de un nuevo negocio distinto de aquél¹¹². En cuanto a la conversión en sentido propio, se admite su aplicabilidad en el sistema italiano, pero se discute el planteamiento anterior del problema y se proponen otras explicaciones que se centran siempre sobre la consistencia del elemento subjetivo¹¹³, aunque con matices: hay quien mantiene todavía la exigencia de una voluntad específica de los sujetos dirigida al segundo negocio, y sin embargo reconoce que, a efectos de la aplicación concreta del instituto, sólo tendrá relevancia la prueba de una voluntad específica contraria a la conversión¹¹⁴. En otros autores se encuentra, sin embargo, una ruptura más decidida respecto a la doctrina anterior: se prescinde definitivamente de la exigencia de una voluntad específica, y se recurre a un expediente similar al del Código alemán, es decir, al concepto de voluntad *in abstracto*¹¹⁵, próximo al de "voluntad hipotética"¹¹⁶. En la base de este nuevo planteamiento está la conciencia de la intrínseca incongruencia de un concepto de conversión fundado sobre la voluntad efectiva de los sujetos, que termina por asimilar aquélla al esquema del negocio con

¹¹⁰ PACCHIONI, *op. cit.*, p. 326.

¹¹¹ FADDA y BENZA, *op. cit.*, pp. 456-457. Vid. también FERRI, "La conversione...", *cit.*, p. 210. Mantiene en cambio la calificación de "conversión típica", con referencia a los arts. 804, 1.316 y 636 del Código Civil y 254 y 590 del Código de Comercio PACCHIONI, *op. cit.*, p. 328, n. 1.

¹¹² PACCHIONI, *op. cit.*, p. 326.

¹¹³ Es pacífica, en cambio, la cuestión relativa al elemento objetivo: se reconoce unánimemente que la presencia en el negocio nulo de los requisitos del negocio sustitutivo constituye una exigencia *sine qua non* para la operatividad del instituto; FERRI, *op. cit.*, p. 211; PACCHIONI, *op. cit.*, p. 327; STOLFI, *op. cit.*, p. 770.

¹¹⁴ FERRI, *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁵ PACCHIONI rechaza abiertamente la doctrina generalmente aceptada, fundada sobre la exigencia de una "voluntad concreta de las partes, expresa o tácitamente manifestada", y dirigida en vía subordinada al negocio sustitutivo; y afirma en cambio la necesidad de recurrir a aquélla voluntad (voluntad *in abstracto*) que las partes habrían tenido si hubieran previsto la invalidez del acto, realizándose así, mediante la conversión, una función parecida a la que la analogía cumple frente a las lagunas legales. "Sin embargo - señala el autor-, cabe plantear en este punto una grave objeción: se podría observar que si se impone a las partes el deber de cumplir los negocios válidamente celebrados por ellas, se les debería reconocer también, en línea de principio, el derecho de no quedar vinculadas por negocios inválidamente celebrados. Se puede responder, sin embargo que, mediante la celebración de un negocio jurídico cualquiera, las partes siempre demuestran querer una cierta finalidad, y que el negocio elegido por ellas no tiene, respecto a esa finalidad, más que una función instrumental, por lo que resulta conforme a la buena fe admitir la conversión del negocio que resulta nulo en otro negocio válido, en cuanto éste pueda considerarse en cierto sentido implícito en el primero, y conduzca a un resultado aproximadamente equivalente", *op. cit.*, pp. 327-328. Obsérvese, por lo demás, la semejanza, que no cabe considerar casual, entre la formulación de PACCHIONI y el texto de la "Relazione Ministeriale" al Código de 1942. De acuerdo con PACCHIONI, aunque con relación exclusivamente a la conversión formal, GRASSETTI, C.: *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, p. 175.

voluntad alternativa ¹¹⁷; pero, al mismo tiempo, el intento de buscar a toda costa una vía para la recepción en el sistema italiano del instituto lleva a formulaciones más bien prudentes ¹¹⁸, o bien a la defensa de posiciones teóricas más generales cuya correspondencia con los principios del ordenamiento resulta, al menos, discutible ¹¹⁹.

Mientras tanto, la jurisprudencia acoge las formulaciones de la doctrina mayoritaria, y en una sentencia de la Corte de Casación, Secciones Unidas, de 1930, se expresa el concepto según el cual la conversión en sentido propio es admisible si se verifica la presencia de dos requisitos imprescindibles: por una parte, que el negocio nulo contenga los requisitos del otro (elemento objetivo); por otra, que el negocio sustitutivo haya sido "al menos tácitamente querido, de modo subordinado, por las partes" (elemento subjetivo), configurándose así una máxima oficial cuya relevancia será perceptible incluso después de la entrada en vigor del nuevo Código ¹²⁰.

¹¹⁶ FADDA y BENSA, *op. cit.*, pp. 457-458.

¹¹⁷ PACCHIONI, *op. cit.*, p. 329.

¹¹⁸ Como la de FADDA y BENSA, *op. loc. ult. cit.*, que parecen admitir una conversión fundada sobre la voluntad hipotética sólo en los casos en que se da una coincidencia "sustancial" entre el resultado buscado por las partes y aquél que se puede alcanzar a través de un negocio diferente; mientras que existiendo una diferencia en cuanto a los resultados, es necesaria todavía la voluntad expresa o tácita de las partes, lo que vuelve a poner en discusión la subsistencia de una verdadera y propia conversión. Obsérvese que el concepto de conversión "sustancial" apuntado por estos autores es opuesto a aquél al que se refería SATTI; si para éste último es sustancial la conversión cuando los efectos del negocio convertido son esencialmente "distintos" de aquéllos que se habrían derivado del negocio inválido, en cambio para FADDA y BENSA la conversión en sentido propio -fundada sobre la voluntad hipotética, no efectiva, de las partes- es posible sólo cuando se da una "sustancial" coincidencia de los resultados. Una opinión menos favorable a la admisibilidad con carácter general de la conversión sustancial, con fundamento en el principio de conservación del negocio, se encuentra en GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., p. 177, quien pone en discusión la posibilidad de fundar la conversión sustancial, a falta de disposición legal que la contemple, en el principio de conservación del negocio; señalando que, en todo caso, habría que recurrir para ello al principio *utile per inutile non vitiatur*, que no es equivalente al de conservación, *op. cit.*, p. 178. En definitiva, "el principio de conservación significa, en materia contractual, mantenimiento [y aquí cabe incluir, según el autor, la conversión formal], no transformación o reducción del intento práctico perseguido", p. 179; mientras que la solución será diferente por lo que se refiere al testamento, dado que "la exigencia de conservación del testamento es más imperiosa que en el caso del negocio jurídico bilateral (...). Por ello considero que para los negocios unilaterales no recepticios, y especialmente para el testamento, el principio de conservación sirve también para mantener una parte, si no es posible más, de la finalidad práctica perseguida"; p. 179, n. 46.

¹¹⁹ PACCHIONI, *op. cit.*, pp. 330-331, reconduce el problema de la conversión al tema más amplio de la voluntad *in abstracto* (una voluntad "supuesta o reconstruida" sobre la base de lo que las partes, presumiblemente, habrían querido -o habrían debido querer- en esas concretas circunstancias) como objeto de la investigación interpretativa y como fundamento de las normas integradoras y supletorias. Vid., en la misma obra, pp. 277 y ss.

¹²⁰ Cass., Sez. un., (18.12.1930) 7.2.1931 n. 446, en *Settim. Cassaz.*, 1931, p. 358; vid. GANDOLFI, *La conversione...2)...*, cit., pp. 197 a 199.

9. El artículo 1.424 del Código italiano de 1942.

La discusión así desarrollada en la doctrina y la jurisprudencia determinará la decisión de dar entrada al instituto de la conversión en el nuevo Código de 1942¹²¹; la formulación acogida en el artículo 1.424 constituirá, en esencia, una recepción del modelo alemán, dando así la razón a aquel sector doctrinal que había planteado el instituto sobre el fundamento de la voluntad hipotética de las partes:

"Conversión del contrato nulo.- El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, cuando, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, deba considerarse que éstas lo habrían querido si hubiesen conocido la nulidad"¹²².

En el nº 650 de la Relación ministerial al Código Civil se lee:

"El contrato nulo se puede sin embargo convertir en otro válido (art. 1.424). Tal conversión se funda en la voluntad de las partes dirigida a realizar un concreto y común intento práctico mediante la relación constituida entre ellas; por ello no se requiere sólo que el contrato nulo tenga los extremos objetivos de otro contrato válido, sino que se debe poder considerar que este contrato habría sido querido por las partes si éstas hubiesen conocido la nulidad de aquél que habían concluido. Como se ve, la ley no tiene en cuenta la conversión formal del negocio, sino aquélla sustancial, con la cual se da efecto a la voluntad que los contratantes habrían tenido si hubiesen previsto que el negocio celebrado era nulo. A través de un negocio jurídico, las partes muestran su voluntad de alcanzar un cierto fin: el negocio elegido por ellas no tiene, de cara a ese fin, más que una función instrumental. De modo que es conforme a la buena fe que cada parte quede vinculada por los efectos que se proponía conseguir del contrato nulo y que igualmente habría tratado de

¹²¹ Sobre el *iter* legislativo que precede a la definitiva formulación del art. 1.424, vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 200 y ss. El autor, subrayando la falta de una documentación completa de los trabajos preparatorios del libro cuarto del Código, recuerda que la norma en cuestión es incluida *in extremis* en el mismo, sin que tal recepción sea el resultado de una discusión doctrinal previa o de una contribución colectiva en el curso de los trabajos preparatorios. El texto, al parecer propuesto por el Prof. NICOLO', es acogido sin enmiendas en el proyecto y después en el texto definitivo; pp. 298-299. Sobre la laguna existente en la materia, tanto en el Proyecto de 1936 como en el Proyecto ministerial, vid. COLAGROSSO, E.: *Commentario al nuovo codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1943, p. 424.

¹²² Art.1.424: "Conversione del contratto nullo.- Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità".

realizar con otro contrato si se hubiese representado la ineficacia jurídica del celebrado"¹²³.

Es claro el intento del legislador italiano de aproximarse a la formulación del § 140 B.G.B., particularmente en el recurso a la voluntad hipotética; sin embargo, el texto del art. 1.424 introduce alguna innovación respecto al modelo alemán ¹²⁴:

a) Se utiliza una expresión de carácter posibilista, y no imperativa ("...si può convertire..."); lo que confiere a la norma un carácter derogativo y excepcional respecto al principio general según el cual el contrato nulo no puede ser sanado o convalidado (art. 1.423) (el B.G.B. utiliza una locución de carácter imperativo: "...so gilt das letztere...").

b) Se exige la presencia, en el negocio inválido, de los "requisitos de sustancia y forma" (el § 140 habla de "requisitos" en general), renunciándose así implícitamente a la necesaria concurrencia en él de una voluntad dirigida también al negocio sustitutivo.

c) Se hace una referencia expresa (inexistente en el texto alemán), a la "finalidad perseguida por las partes", como criterio que debe guiar la aplicación del instituto.

d) En la fórmula italiana, a diferencia de la alemana, se subraya el hecho de que es el mismo negocio nulo el que produce "los efectos de un contrato distinto"; conforme a la literalidad del § 140, en cambio, es el segundo negocio, cuyos requisitos se dan en el negocio inválido, el que adquiere validez.

El texto así aprobado ha sido objeto de valoraciones diversas: si, por una parte, se reconoce que aporta una mayor claridad en el desarrollo del mecanismo de la conversión

¹²³ El texto es igual al del n° 117 de la Relación ministerial al libro de las obligaciones, referido al art. 263 de Proyecto preliminar del mismo libro, a su vez equivalente al definitivo art. 1.424; PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER e DALLARI: *Codice civile (lavori preparatori). Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942. Como decíamos antes, hay que destacar la evidente influencia, en el texto de la Relación, del pensamiento de PACCHIONI, especialmente por lo que se refiere al principio de buena fe y al carácter instrumental del negocio elegido respecto a la finalidad buscada por las partes. Un examen analítico del texto en GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 207 a 209.

¹²⁴ GANDOLFI, *op. cit.*, p. 299.

¹²⁵, y una mayor precisión desde el punto de vista dogmático ¹²⁶; por otra, en cambio, se critica la referencia al elemento subjetivo, aun por la vía de la "voluntad hipotética" ¹²⁷.

Dejando para un momento posterior el examen de la cuestión en sus aspectos sustanciales, es necesario de todos modos subrayar que la recepción positiva del principio de conversión en el ordenamiento jurídico italiano constituye un dato de fundamental importancia desde distintos puntos de vista:

a) Ante todo, resuelve definitivamente la cuestión de la admisibilidad en el sistema italiano de tal principio; lo que permite concluir que la inquietud sentida en la doctrina anterior al nuevo Código, a pesar de haber llevado a conclusiones a menudo discutibles, ya sea respecto a la misma comprensión del fenómeno, ya respecto a la consistencia del sistema global del ordenamiento, estableció las bases necesarias para atraer la atención del legislador hacia una figura llamada a asumir un papel singularmente relevante en la estructura del nuevo sistema.

b) La inclusión del principio de conversión en el Derecho positivo italiano aparece como posible gracias a la profunda mutación del sistema negocial operado con el Código de 1942. Este último, alejándose del modelo francés y aproximándose al alemán, da entrada a una serie de nuevos principios que constituyen el presupuesto lógico de la conversión: singularmente, merece subrayarse el nuevo alcance que asumen el principio de autonomía privada (la voluntad de las partes ya no es la fuente inmediata de los efectos del negocio, como resultaba del paradigma francés, sino el factor propulsor del mismo, condicionado sin embargo por los límites y directivas que la ley dicta, y en coherencia con las exigencias de la buena fe, la certeza de la confianza y la estabilidad de las relaciones

¹²⁵ MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 385, n. 32; GANDOLFI, *op. cit.*, p. 299.

¹²⁶ GANDOLFI, *op. loc. ult. cit.*, con referencia particular a la supresión del esquema alemán fundado en la duplicidad de negocios, anclado todavía en la idea pandectista de un negocio nulo querido con carácter principal, y otro válido querido de forma subsidiaria.

¹²⁷ Así, BETTI, E.: Voz "Conversione del negozio giuridico (Diritto vigente)", en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, p. 811, al enunciar los requisitos de la conversión, excluye decididamente la necesidad de acudir a una voluntad de las partes dirigida al negocio subentrante, "ya que presumir lo contrario -como parece a la vista de la infeliz fórmula del art. 1.424, segunda parte, del C.c.-, se reduce a una ficción". Más recientemente, y por razones distintas, el texto del art. 1.424 es objeto de crítica por parte de GANDOLFI; al examinar las causas que explican la relativa inaplicación de la norma en la práctica judicial italiana, subraya la responsabilidad del legislador, que habría podido evitar el equívoco sobre el elemento volitivo sustituyendo la locución "lo habrían querido" por "lo habrían celebrado" (fórmula utilizada en sede de nulidad parcial). Propone el autor una fórmula distinta, más comprensible y correcta: "El contrato nulo produce los efectos de un acto distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, si ello permite

jurídicas)¹²⁸, y el concepto de nulidad (definitivamente desvinculado de la inexistencia, y entendido como un modo anómalo de existir el acto, que impide el efecto al que tienden directamente las partes, pero no cualquier efecto que sea conforme con la intención misma y no incompatible con las directivas del sistema)¹²⁹.

c) Por otra parte, el examen del modo concreto en que se produce la recepción del instituto sirve para poner de manifiesto algunos aspectos de la evolución de la conversión como figura jurídica, también a nivel general: así, particularmente, en cuanto a su fundamento y esencia, mecanismo de actuación, función dentro del sistema, y condiciones que deben darse en éste para que la conversión sea admisible y tenga una operatividad efectiva.

d) En definitiva, del estudio histórico hasta aquí desarrollado, y del que emprenderemos un poco más adelante desde el punto de vista del Derecho vigente, resulta perceptible cómo el art. 1.424 no puede ser considerado como un punto de llegada en el desarrollo del "problema de la conversión"; constituye más bien un dato de singular relevancia y, hasta cierto punto, una conquista en el proceso de afirmación y de construcción de este instituto. Sin embargo, no se puede afirmar que el art. 1.424 haya representado un cambio de rumbo decisivo en la evolución del mismo -como lo fue en cambio en el momento de su promulgación el § 140 B.G.B.-; el progreso existe, pero quedan aún abiertas cuestiones y dudas a las que haremos referencia posteriormente¹³⁰.

10. La conversión en otros ordenamientos europeos.

alcanzar en una medida idónea el resultado perseguido por las partes"; "Il principio di conversione...", cit., p. 216.

¹²⁸ GANDOLFI, *La conversione...2*)...., cit., pp. 219 a 224; vid. también GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, 1º, pp. 145 y 451 y ss.

¹²⁹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 214-215.

¹³⁰ GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.115, sintetiza así los términos fundamentales del debate tras la entrada en vigor del nuevo Código: "El Código de 1942, previendo en el art. 1.424 el instituto de la conversión, por un lado ha dado un nuevo impulso a la discusión sobre el mismo, y por otro la ha simplificado. En otros términos: el art. 1.424, haciendo referencia, como mera hipótesis, al conocimiento de las partes sobre la invalidez del contrato celebrado, excluye que se pueda reconstruir el fenómeno sobre la base de una voluntad negocial concreta (...). Partiendo de esto, la única discusión posible bajo la vigencia del actual Código Civil es otra: si es necesaria una investigación orientada a determinar si habría existido una voluntad de las partes dirigida al contrato ulterior, si aquéllas hubieran conocido la nulidad del primero; o si, por el contrario, se puede prescindir de tal investigación y se debe plantear el problema desde un punto de vista marcadamente objetivo".

El estudio histórico-comparado del instituto de la conversión, fundamental al objeto de afrontar con garantías la investigación del significado actual del mismo, encuentra sus puntos de referencia esenciales en el examen, hasta aquí realizado, de las experiencias alemana, francesa e italiana. Puede ser interesante, de todos modos, hacer alguna referencia a la actitud mantenida al respecto en otros ordenamientos del ámbito jurídico europeo.

Desde el punto de vista negativo, podemos mencionar la inexistencia de un principio equivalente en el Derecho inglés¹³¹, donde los presupuestos de base del sistema contractual excluyen de raíz la operatividad de un mecanismo como la conversión. Destacan al respecto dos principios fundamentales: por una parte, la competencia exclusiva de las partes, a las que no puede sustituir el Juez mediante una valoración conjetural, en cuanto a la determinación de la existencia, estructura y contenido del acto (en sentido equivalente al que asume el principio de autonomía de la voluntad en Francia, por sí mismo suficiente, como sabemos, para obstaculizar la recepción de la conversión); por otra, la concepción objetiva del contrato, que excluye cualquier investigación en sede hermenéutica, fundada en elementos extrínsecos al acto mismo, y dirigida a verificar la voluntad real de los sujetos o la finalidad perseguida por ellos (limitación que en cambio no existe en Francia, y que aleja todavía más la posibilidad de un mecanismo de conversión). En consecuencia, "la recuperación de un acto totalmente inválido o ineficaz puede producirse solamente: o en conformidad a la voluntad manifestada (...); o bien por efecto de una corrección apriorística, inspirada en criterios equitativos y dictada generalmente por la Statute Law"¹³²; por tanto, basándose en mecanismos puramente interpretativos, o por medio del expediente legal (conversión legal, en sentido amplio).

También en sentido negativo es significativo, desde un punto de vista histórico, el caso del Código Civil de la República Democrática Alemana de 1976, cuyos autores, aun tratando de mantenerse fieles a la tradición germánica, excluyen conscientemente el instituto de la conversión por razones de tipo ideológico (siendo inadmisibles en un ordenamiento de base socialista un expediente dirigido a consentir el mantenimiento del negocio nulo con vistas a la actuación del interés individual), y, estrechamente relacionadas con ellas, también razones de tipo sistemático y estructural: rechazo de la abstracción conceptual característica del B.G.B. (inexistencia de una parte general), y de

¹³¹ Un completo examen de la cuestión en GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., pp. 309 a 381; vid. especialmente las conclusiones, en pp. 378 y ss.

toda construcción incompatible con la fundamental exigencia de elaborar una disciplina normativa clara, unívoca, económica, y orientada a las aplicaciones prácticas (incompatibilidad que se aprecia marcadamente en el caso de la conversión) ¹³³.

Con todo, del examen comparado resulta la continuidad de la tendencia expansiva en el ámbito jurídico europeo del principio de conversión, tanto desde el punto de vista de su recepción a nivel legislativo, como de la elaboración doctrinal y jurisprudencial ¹³⁴. Normas específicas dedicadas a la conversión, e inspiradas directamente en el modelo alemán, aparecen en el Código griego de 1940 y en el portugués de 1966 ¹³⁵. La última y también la más avanzada aportación legislativa en la materia es la del Código Civil holandés, promulgado en 1980 y en vigor desde 1990 ¹³⁶; en él, aun siendo todavía perceptible la influencia del modelo alemán, se introducen algunas innovaciones dirigidas a facilitar la aplicación del instituto (ya no se exige la presencia en el acto inválido de los requisitos del acto subentrante, valorándose solamente la fungibilidad de los dos actos en cuanto a su alcance concreto, y se afronta el tema de la tutela de los intereses de terceros), aunque su efectividad real deberá ser objeto de constatación en la praxis sucesiva.

¹³² *Op. ult. cit.*, p. 381.

¹³³ Vid. de nuevo GANDOLFI, *La conversione...1*)..., cit., pp. 132 a 144, especialmente 137 y 143-144.

¹³⁴ GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 411.

¹³⁵ GANDOLFI, *op. cit.*, p. 414 y n. 13, y también p. 417 y n. 16, para una referencia a la elaboración doctrinal y jurisprudencial de esos países. El artículo 182 del Código griego es una traducción literal del § 140 B.G.B., y dispone: "Cuando el acto jurídico nulo contiene los elementos de otro acto jurídico, es éste último el que tiene validez, cuando haya de considerarse que las partes habrían querido su validez si hubiesen conocido la nulidad". En el art. 293 del Código portugués es perceptible asimismo la influencia del Código italiano y una mayor expresividad en la fórmula elegida: "O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidez". Como aplicaciones concretas del principio en el mismo Código portugués se mencionan los arts. 946,2º (validez como testamento de la donación por causa de muerte, cuando se hayan observado las formalidades de aquél) y 2.251,2 (validez del legado de cosa perteneciente al sucesor gravado o a un tercero, cuando el testador conociese que la cosa no le pertenecía, quedando aquél obligado a transmitirla al legatario, a facilitarle su adquisición, o a pagarle su valor); vid. RODRIGUES BASTOS, J.: *Código civil português*, 9ª ed., Coimbra, 1990, p. 167.

¹³⁶ La transcripción del texto y su traducción al italiano, junto con un examen de la doctrina y la jurisprudencia holandesas, y una valoración de la norma en cuestión en la perspectiva de la previsible evolución del instituto de la conversión, en GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 417-418 y n. 17, y también p. 420. Reproducimos aquí la traducción italiana del art. 3.2.8.: "Se la portata concreta di un atto giuridico nullo è talmente conforme a quella di un altro atto, che possa essere valido, al punto da doversi ammettere che quest'ultimo sarebbe stato posto in essere se non si fosse concluso il primo a causa della sua nullità, allora l'atto nullo produrrà gli effetti dell'altro, a meno che quest'ultimo determini delle conseguenze irragionevolmente ingiuste nei riguardi di un avente causa che non sia stato parte dell'atto giuridico in questione".

Además de las manifestaciones de carácter legislativo, la conversión ha sido acogida -en términos generales, y con matices-, aun faltando una norma al respecto en los correspondientes ordenamientos, por la doctrina y la jurisprudencia de Austria y Suiza ¹³⁷.

¹³⁷ GANDOLFI, p. 412 y n. 10, y también p. 413 y n. 12. Vid. asimismo DE CASTRO, *op. cit.*, p. 488, n. 66.

SEGUNDA PARTE

LA CONVERSIÓN EN EL SISTEMA

1. Encuadramiento del tema objeto de estudio. Las diferentes especies de conversión: sustancial o material, legal y formal.

Señalábamos al principio de este trabajo que, a nuestro juicio, el planteamiento riguroso de un estudio sobre la conversión implica un detenido análisis del instituto en el contexto de los sistemas jurídicos donde el mismo ha encontrado acogida. Un discurso encaminado a determinar en qué medida y de qué manera esta figura jurídica puede tener cabida en el sistema español sólo tendrá sentido una vez que hayan quedado definidos los perfiles, por lo demás sumamente difusos, de la misma: su fundamento, naturaleza, mecanismo y función. Por ello, nuestro estudio tendrá como puntos de referencia fundamentales aquellos sistemas jurídicos que podemos considerar como más representativos desde el punto de vista de la construcción del instituto que nos ocupa: es decir, los sistemas alemán e italiano.

Por otra parte, el estudio de la conversión del contrato nulo en el contexto del sistema jurídico debe partir de una primera delimitación. Tradicionalmente, se suele hablar de diferentes especies de conversión; junto a la conversión "material" o "sustancial" (a la que se atribuye también el apelativo de "conversión verdadera y propia" ¹³⁸), prevista con carácter general por el art. 1.424 del Código italiano y el § 140 del Código alemán, se toman en consideración una serie de hipótesis concretas previstas por el legislador y habitualmente reconducidas a las categorías de conversión "formal" y conversión "legal". Es necesario, en consecuencia, preguntarse si la identidad de denominación responde o no a una proximidad en cuanto a la *ratio* que está en la base de tales fenómenos o en cuanto al mecanismo conforme al cual operan.

¹³⁸ Vid., por todos, MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 388; GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., pp. 172-173.

La cuestión no puede ser considerada como meramente terminológica; en efecto, es preciso recordar que, en los sistemas jurídicos donde falta una expresa previsión legislativa sobre la admisibilidad de la conversión "sustancial" de los contratos nulos (piénsese en el sistema italiano bajo la vigencia del Código de 1865 o en el actual sistema español), la existencia de un número más o menos amplio de hipótesis de conversión formal o legal ha proporcionado uno de los argumentos principales en favor de la admisibilidad de un principio general de conversión, también de carácter sustancial.

2. La conversión formal.

Se habla de conversión formal, impropia o instrumental ¹³⁹ para referirse a los casos en que un negocio puede ser celebrado con sujeción a diferentes formas, de tal manera que, aun siendo nulo en la forma elegida, subsisten en ésta los presupuestos de otra válida ¹⁴⁰. En Italia se mencionan, como manifestaciones más llamativas de este fenómeno, los artículos 607 y 2.701 del *Codice* ¹⁴¹, que encuentran su correspondencia en los arts. 715 y 1.223, respectivamente, del Código Civil español.

La mayor parte de la doctrina ¹⁴² se ha manifestado en sentido contrario a la posibilidad de establecer una conexión entre estas hipótesis y la conversión sustancial; se afirma que en estos casos no se da una conversión en sentido propio, ya que no se modifica la disposición de intereses ni cambia la calificación jurídica del negocio, que se mantiene inalterado aunque con una forma distinta de aquélla con la que fue realizado. En definitiva, la llamada "conversión formal" incide sobre la documentación, y no sobre la esencia del negocio ¹⁴³; de tal manera que el cambio se manifestará solamente en los efectos especiales de la forma efectivamente realizada y las ventajas particulares que de la misma puedan

¹³⁹ MESSINEO, *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1981, p. 590.

¹⁴¹ Art. 607: "Validità del testamento segreto come olografo.- Il testamento segreto, che manca di qualche requisito suo proprio, ha effetto come testamento olografo, qualora di questo abbia i requisiti". Art. 2.701: "Conversione dell'atto pubblico.- Il documento formato da ufficiale pubblico incompetente o incapace ovvero senza l'osservanza delle formalità prescritte, se è stato sottoscritto dalle parti, ha la stessa efficacia probatoria della scrittura privata".

¹⁴² Sobre la actitud de la doctrina italiana bajo la vigencia del Código de 1865, vid. cuanto se dijo *supra*, I, en el párrafo 8.

¹⁴³ BETTI, "Conversione...", cit., p. 812, y *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, Torino, 1952, p. 511.

derivarse ¹⁴⁴. Nos encontramos, en consecuencia, ante un fenómeno de "mantenimiento", y no de "transformación" del negocio ¹⁴⁵. A esta diferencia esencial desde el punto de vista del resultado, añaden los partidarios de la concepción subjetiva -en materia de conversión sustancial- la irrelevancia, en lo que se refiere a la conversión formal, de cualquier investigación dirigida a verificar la concurrencia de una voluntad hipotética de las partes susceptible de sostener el negocio convertido, dado que la misma podrá considerarse siempre como existente ¹⁴⁶.

No han faltado, sin embargo, otras opiniones más favorables a la aproximación entre las dos figuras ¹⁴⁷; y así, aun considerándolas claramente distintas, se pone de manifiesto el fundamento común del principio de conservación del negocio ¹⁴⁸, o bien la posibilidad de que se den hipótesis en las que conversión formal y conversión sustancial operen simultáneamente ¹⁴⁹. Algún autor ha tratado de plantear la cuestión a partir de una

¹⁴⁴ FERRI, "Conversione...", cit., p. 210. Vid., en el mismo sentido, MESSINEO, *op. ult. cit.*, pp. 388-389; BIGLIAZZI-GERI, voz "Conversione", en *Enc. del dir.*, t. X, Milano, 1962, p. 537; BIANCA, C. Massimo: *Diritto civile*, III ("Il contratto"), Milano, 1984, pp. 595-596; SCOGNAMIGLIO, R.: *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, p. 233; SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, pp. 229-230; SARACINI, E.: *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 348; CARRESI, *op. cit.*, p. 591, n. 92; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁴⁵ GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., p. 171. En la misma línea, ALBALADEJO excluye que la llamada conversión formal constituya una hipótesis de conversión en sentido propio, vid. *Derecho Civil*, I, 2º, 10ª ed., Barcelona, 1989, p. 468 y también en "Notas al *Negocio jurídico* de CARIOTA-FERRARA", cit. en nota siguiente, p. 315.

¹⁴⁶ CARIOTA-FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, traducción española, prólogo y notas de ALBALADEJO, M., Madrid, 1956, p. 313; FEDELE, A.: *Commentario al Codice civile (Libro delle obbligazioni)*, dirigido por D'AMELIO y FINZI, vol. I, Firenze, 1948, p. 697; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*, I, 2º, cit., p. 468.

¹⁴⁷ Hoy en día parece superada la opinión de ciertos autores clásicos, tanto españoles (MANRESA, VALVERDE y MUCIUS SCAEVOLA) como franceses (DEMOLOMBE, TOULLIER, DURANTON, ZACHARIAE, DELISLE), que hablan de conversión para referirse exclusivamente a la conversión formal; vid. al respecto, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁴⁸ DISTASO, N.: "I contratti in generale", II, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* dirigida por BIGIAMI, Torino, 1966, pp. 1.145-1.146; BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, 3ª ed., Torino, 1950, pp. 332-333; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 537. Recordemos, sin embargo, la opinión contraria de ciertos autores que, negando que la conversión sustancial encuentre su fundamento en el principio de conservación del negocio, ven en éste, en cambio, la *ratio* de los supuestos de conversión formal: GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., pp. 176-177; MESSINEO: *Doctrina general del contrato*, trad. al castellano de FONTANARROSA, SENTIS MELENDO y VOLTERRA, Buenos Aires, 1952, p. 275; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 2º, p. 468; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁹ Así, MOSCO, *op. cit.*, pp. 319 y 329, admite la posible concomitancia de la conversión formal y la sustancial en los casos en que la nulidad derive de un vicio de forma; GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., p. 172, n. 30, subraya el hecho de que, en algunos casos calificados por la mayoría como de conversión formal (así, los arts. 254, 335 *in fine* y 590 del antiguo Código de Comercio italiano), la mutación del negocio va mucho más allá de la forma, hasta el punto de incidir sensiblemente sobre la sustancia del negocio. Por su parte, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487, refiriéndose a las hipótesis clásicas de conversión formal, afirma: "Estos casos eran modelos de conversión para la doctrina antigua; ahora, se les suele excluir

distinción de carácter terminológico ¹⁵⁰, o normativo ¹⁵¹, sin excluir no obstante una esencial proximidad entre las dos figuras. Sin embargo, la tesis más avanzada en este sentido es aquella que, recientemente, considera necesaria la superación de la distinción entre conversión formal y sustancial, al menos en aquellos ordenamientos que, como el alemán o el italiano, han codificado el principio de conversión ¹⁵².

3. La diferencia de "ratio" entre la conversión sustancial y las diferentes hipótesis de conversión formal.

A nuestro juicio, el problema de la relación entre conversión sustancial y conversión formal debe plantearse a partir de la consideración de la *ratio* subyacente a ambas figuras, y del mecanismo conforme al cual operan una y otra.

El art. 1.424 del Código italiano, al definir el concepto de conversión del contrato nulo, afirma que éste último puede producir los efectos "de un contrato distinto"; procede entonces aclarar, ante todo, en qué medida la valoración de la forma negocial según un esquema formal distinto del buscado inicialmente por las partes -y como tal no realizado- permite hablar de una modificación de la caracterización negocial, de tal manera que se

de la figura de la conversión, observando que el cambio del tipo de documento no toca al negocio, que sigue siendo el mismo. Reparo que no es decisivo, ya que se ha de considerar distinto, por ejemplo, el negocio formal cambiario de los negocios civiles no formales o menos formales, con la consecuencia de una distinta o limitada eficacia". En fin, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º, Barcelona, 1990, pp. 291-292, admite la posibilidad de que la conversión formal pueda determinar, en ciertas ocasiones, una alteración o reducción de los efectos, y en consecuencia una conversión también material.

¹⁵⁰ Así, hablando de conversión en sentido amplio o en sentido propio, ESPIN, D.: *Manual de Derecho Civil español*, 7ª ed., vol. I, Madrid, 1979, p. 493.

¹⁵¹ Para MARINA, *op. cit.*, p. 724, en el concepto de conversión pueden integrarse, sin esfuerzo lógico alguno, tanto los supuestos de transformación formal como sustancial del negocio jurídico, debiendo advertirse, sin embargo, que el art. 1.424 sólo regula con carácter general los de la segunda especie; obsérvese que esta opinión encuentra apoyo, por lo que se refiere al ámbito de aplicación del 1.424, en algunos términos literales de la "Relazione al Re": "Como se ve, la ley no hace referencia a la conversión formal del negocio, sino a la sustancial". Vid. asimismo DI BLASI, F. U.: *Commentario al nuovo Codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, Milano, 1950, p. 448; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590. FERRARA, L.: *Diritto privato attuale*, 2ª ed., Torino, 1948, p. 53, concibe las hipótesis previstas en los arts. 607, 2.701 y 1.424 como manifestaciones diversas del mismo fenómeno de conversión del negocio jurídico nulo. En nuestra doctrina, GARCIA VALDECASAS ve en el art. 715 un caso de verdadera "conversión formal del negocio nulo", mientras que en el del art. 1.223 se daría, en cambio, una "conversión de la forma del negocio"; vid. *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983, pp. 437-438.

¹⁵² En este sentido, GANDOLFI, *La conversione...2)...*, cit., p. 402. Vid. también, del mismo autor, "Il principio di conversione...", cit., p. 213.

pueda apreciar una efectiva "diferencia" entre los dos esquemas ¹⁵³. Para ello será necesario determinar el valor que se ha de atribuir a la forma como elemento caracterizador del negocio. En los sistemas jurídicos latinos actuales, la función de caracterización de los negocios jurídicos se suele atribuir a la causa contractual ¹⁵⁴; y, en efecto, como veremos, la esencia del fenómeno de conversión reside precisamente en el cambio de la causa contractual ¹⁵⁵.

En cuanto a la forma, es preciso partir de una distinción: la forma, en cuanto mecanismo de manifestación de la voluntad negocial, constituye sin duda uno de los elementos esenciales del negocio; carácter éste compatible con la vigencia del principio general de libertad de forma en los sistemas contractuales modernos (véase art. 1.278 del Código Civil español) ¹⁵⁶. Desde este punto de vista encuentra su justificación la afirmación según la cual el juicio sobre la falta de forma es previo al juicio sobre el interés concretamente expresado en el negocio; es un juicio que se detiene antes de que puedan avanzarse una calificación y una valoración del interés, en cuanto, precisamente, dicho juicio lleva a la constatación de la "incompleta objetivación" del negocio ¹⁵⁷. Es obvio, en consecuencia, que la valoración del elemento formal, considerado desde este punto de

¹⁵³ A esta pregunta da GANDOLFI una respuesta decididamente afirmativa: "Es necesaria aquella 'diversidad' que sirva (y baste a la vez) para excluir, en el acto sucedáneo, la invalidez que paraliza la iniciativa negocial. No es por ello indispensable, según la *ratio* de la norma, que los dos supuestos de hecho hayan de diferenciarse desde el punto de vista tipológico. Pueden, en definitiva, diferenciarse en cuanto al tipo, al contenido o la duración de la prestación, a la forma requerida, o de otra manera"; *La conversione...2*)..., cit., p. 402. La tesis así formulada, aun reconociendo la autoridad de quien la expone, no nos resulta satisfactoria. La afirmación exacta según la cual la diversidad de que habla el art. 1.424 no puede entenderse limitada exclusivamente a la de carácter tipológico, no puede llevar a la conclusión de que cualquier diferencia se pueda considerar incluida en la *ratio* de la norma. De los términos en que se expresa el autor, se deduce que serían reconducibles al principio de conversión del art. 1.424 tanto la conversión formal como la nulidad parcial, la sustitución automática de cláusulas relativas a precios o términos de duración superiores a los permitidos por la ley, etc., lo que no nos parece admisible. Por lo que se refiere en concreto a la conversión formal, cabría preguntarse si, para obtener el resultado buscado, es necesario recurrir a un precepto como el que estamos estudiando, que, por lo demás, se funda en conceptos tan problemáticos como la voluntad hipotética o la finalidad perseguida por las partes, cuando de hecho tales conceptos ni siquiera son tomados en consideración a los efectos de la conversión formal; cabría preguntarse, en otras palabras, si el complejo, delicado y peculiar mecanismo puesto en funcionamiento con el art. 1.424 responde a una *ratio* tal que haya de considerársele aplicable también en relación a una simple diversidad formal. En definitiva, la diversidad a la que se refiere la norma es, como mantenemos en el texto, de carácter causal, y sobre esta base nos proponemos afrontar el examen de la conversión formal. Vid., de todos modos, la formulación en términos absolutamente opuestos realizada por el mismo autor en p. 127, n. 147. Por otra parte, obsérvese la ubicación sistemática que da al estudio de la conversión BARBERO, *op. cit.*, p. 333, precisamente en el epígrafe dedicado a la "relevancia de la forma para la calificación del negocio".

¹⁵⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵⁵ Vid., por ahora, GALGANO, *op. cit.*, II, 1º, p. 317.

¹⁵⁶ GALGANO, *op. cit.*, II, 1º, p. 201.

vista, es independiente de la concreta caracterización del supuesto de hecho negocial realizado, adquiriendo en cambio relevancia a los efectos de la verificación sobre la efectiva realización del mismo. Un juicio negativo formulado en esta sede determinaría la preclusión, no sólo de la posibilidad de un fenómeno de conversión *lato sensu*, sino incluso de una valoración del supuesto de hecho en términos de validez o invalidez; tal supuesto no podría ni siquiera ser "percibido" por el ordenamiento jurídico ¹⁵⁸. En realidad, desde un punto de vista sistemático, la cuestión no debería plantearse en sede de forma, sino en el ámbito de la configuración del acuerdo contractual.

Otra, en cambio, es la relevancia del elemento formal en los casos excepcionales en que una forma determinada se prescribe bajo pena de nulidad (arts. 633 y 1.327 C.c., ó art. 6,1 Ley de Arbitraje). Precisamente porque la exigibilidad de una forma determinada en estos casos parte de un previa calificación del supuesto de hecho contractual, es necesario concluir que la forma asume en ellos un papel absolutamente independiente de la caracterización del negocio. Lo que, por lo demás, es lógico, si se tiene en cuenta la función que el requisito de la forma está llamado a cumplir en estos casos, es decir, la de asegurar la necesaria certidumbre y publicidad de las relaciones negociales, para tutela de las partes y, sobre todo, del interés de los terceros ¹⁵⁹; a diferencia de los sistemas jurídicos antiguos, y fundamentalmente el romano, en que la forma asume una función caracterizadora ¹⁶⁰. Las mismas consideraciones son aplicables, incluso con mayor claridad, en los casos en que el ordenamiento exige una determinada forma a efectos meramente probatorios (la llamada forma *ad probationem*), ya que en ellos la relevancia de la misma se limita a la eventualidad de un proceso que tenga por objeto el contrato, con absoluta independencia de la naturaleza y validez del mismo ¹⁶¹; o, en fin, en todos

¹⁵⁷ FERRI, G. B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, reimp., Milano, 1968, pp. 367-368.

¹⁵⁸ FERRI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁹ Vid. GIORGIANNI, M.: Voz "Forma degli atti (dir. priv.)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII, Milano, 1968, p. 1.006.

¹⁶⁰ GROSSO, "Contratto (dir. rom.)", *cit.*, p. 759. La cuestión de la relación, en términos históricos, entre forma y causa contractual, a los efectos específicos del control de validez -pero, probablemente, asumible también en el ámbito de la función caracterizadora-, es afrontada por DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 186-187, subrayando el hecho de que "el aumento de importancia de una figura significa la recíproca disminución de la otra". Vid. también p. 173.

¹⁶¹ Respecto al Derecho italiano, vid., por todos, GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 992: "Se suele indicar [con la expresión "forma ad probationem"] la situación que se plantea cuando el legislador prescribe que el acto debe ser 'probado por escrito' (...). En tales hipótesis la ley excluye la prueba testimonial y por presunciones (...), pero admite sin embargo el juramento (...), la confesión extrajudicial (...), así como la judicial (...). En efecto, no es posible confundir la prescripción de forma de la que tratamos con las hipótesis en la que la forma se

aquéllos en que la observancia de una determinada forma lleva aparejadas una serie de ventajas en orden a "hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato" (art. 1.279)¹⁶². En consecuencia, la valoración -o la "revalorización"- de la forma contractual no puede, como regla, implicar una modificación de la caracterización causal del contrato, y por tanto no puede ser reconducida al ámbito de la conversión material.

Planteadas en estos términos la cuestión, el problema se vuelve a proponer en presencia de aquellas especies negociales respecto de las cuales cabe apreciar una relativización de la relevancia del elemento causal; así, por lo que se refiere, por una parte, a los negocios jurídicos relativos al estado civil, Derecho de familia y sucesión *mortis causa*, respecto de los cuales vuelve a adquirir un valor fundamental la forma, quedando en segundo término la causa¹⁶³; por otra, los negocios cambiarios, respecto de los cuales se habla de una cierta "abstracción" que, a su vez, incide sobre la valorización del elemento formal, en conexión con la literalidad característica de los llamados "títulos abstractos"¹⁶⁴.

En sede de conversión, se traen a colación en la doctrina italiana y española algunas hipótesis de este tipo: por una parte, la eficacia como testamento ológrafo del testamento secreto; por otra, la eficacia como promesa unilateral de pago -o reconocimiento de deuda- del título de crédito carente de los requisitos de forma establecidos por la ley, y la eficacia como cesión ordinaria de crédito del endoso irregular de un título a la orden¹⁶⁵. Veamos con algún detenimiento estas hipótesis.

A) La "conversión" de los títulos-valores nulos por defecto de forma.

Por lo que se refiere al último de los supuestos señalados, es preciso subrayar el hecho de que la forma, en relación a los títulos de crédito llamados "abstractos", asume, desde luego, una función primordial; y, sin embargo, no se trata de una función

exige para la validez del acto. Y, en efecto, cuando la forma aparece prescrita sólo en función de la prueba, ello significa que la misma se refiere exclusivamente a la contienda judicial en la que las partes quieran hacer valer el negocio". Sobre el limitado alcance que el concepto de forma *ad probationem* tiene en el sistema español, vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., I, 2º, pp. 353-354; y también art. 1.248.

¹⁶² Atribución de un valor cualificado como medio de prueba, acceso a los registros públicos, virtualidad traditoria, preferencia en caso de concurrencia, etc. Vid. LUNA SERRANO, en LACRUZ, *op. cit.*, I, 3º, 2ª ed., Barcelona, 1990, p. 194.

¹⁶³ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁴ GALGANO, *op. cit.*, II, 2º, pp. 251 y 253.

caracterizante del negocio cambiario en cuanto tal. En efecto, la declaración cambiaria, en sí misma, no es más que una declaración unilateral, en todo similar a la promesa de pago a la que se refiere, por ejemplo, el art. 1.988 del Código italiano, y por ello, abstracta sólo desde el punto de vista procesal (art. 1.988) ¹⁶⁶. Las rigurosas exigencias de forma a que está sometida adquieren relevancia desde un punto de vista distinto, es decir, a los efectos de la configuración del título de crédito como tal, apto para circular según la ley de circulación de las cosas muebles, lo que hace posible su adquisición a título originario o, en todo caso, determina los efectos de la protección al adquirente de buena fe (con la consiguiente "falsa apariencia" de una abstracción material de la causa) ¹⁶⁷. Por ello, la falta de tales requisitos formales es independiente de la caracterización de la declaración en cuanto tal. Y lo mismo se podría decir en cuanto al endoso, que no sería más que una especial forma de documentar el negocio transmisivo del crédito incorporado al título a la orden ¹⁶⁸; de tal manera que una irregularidad en la forma requerida podrá determinar la exclusión del especial efecto de legitimación inherente a tal documentación, pero no afectará a la validez y naturaleza del negocio transmisivo en sí mismo. En definitiva, se produce una superposición de tres estructuras diferentes: la relación sustancial o fundamental, dotada de una causa propia; la declaración unilateral (promesa de pago o reconocimiento de deuda), que determina la abstracción procesal de la causa (art. 1988 del *Codice*) ¹⁶⁹; y la declaración cambiaria que, reuniendo los requisitos de forma establecidos

¹⁶⁵ Ven en este caso una hipótesis de conversión legal FEDELE, *op. cit.*, p. 697; y, con referencia al caso del endoso tardío, BIANCA, *op. cit.*, p. 596.

¹⁶⁶ FERRI, G.: "Le promesse unilaterali. I titoli di credito", en *Trattato di diritto civile*, dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1972, p. 44.

¹⁶⁷ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, p. 253. A falta de las formalidades propias del título de crédito, la promesa unilateral atribuye al promisorio un derecho de crédito susceptible de una circulación propia, aunque su adquisición se produzca a título derivativo, y no originario, por lo que el promitente cedido puede neutralizar la pretensión del cesionario probando la falta de la relación de base (p. 205).

¹⁶⁸ GALGANO, *ibidem*, p. 244.

¹⁶⁹ Es el caso de recordar que la doctrina italiana no es pacífica en cuanto a la cuestión de si la promesa de pago y el reconocimiento de deuda tienen la naturaleza de meras declaraciones de ciencia o bien de auténticas declaraciones de voluntad en sentido propio, fuentes de obligaciones en cuanto tales; vid. FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 11 y ss. En este segundo sentido se pronuncia GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 205, subrayando las consecuencias que de la atribución de una naturaleza negocial a estos actos se derivan: existencia de una obligación *ex promissa*, cuyo cumplimiento o incumplimiento quedan sometidos a las reglas de la responsabilidad contractual, incluso en el caso de que la relación de base derive de un hecho ilícito; y atribución al promisorio de un derecho de crédito susceptible de una propia circulación por medio de actos de adquisición a título derivativo. En todo caso, y a efectos de la cuestión objeto de estudio en este trabajo, consideramos que la atribución a las promesas unilaterales de la naturaleza de meras declaraciones de ciencia, con carácter de simple prueba del derecho de crédito de la otra parte, no haría más que simplificar el discurso contrario a la calificación como conversión del fenómeno objeto de examen. En efecto, el valor

por la ley, queda sometida a la ley de circulación de los bienes muebles, junto al derecho incorporado a ella. También en este caso, por tanto, la especial formalidad característica de los títulos de crédito adquiere relevancia en un sentido distinto de la caracterización del negocio; es decir, al objeto de hacer posible la aplicación de la especial ley de circulación de los títulos de crédito. La subsistencia de la promesa de pago, del reconocimiento de deuda, o de la cesión de crédito, cuando concurren los requisitos de sustancia y forma para ello, y aun en presencia de un defecto de forma del título en cuanto tal, no implica a nuestro juicio, un fenómeno de conversión, tratándose más bien de aplicaciones del principio *utile per inutile non vitiatur*¹⁷⁰.

B) La "conversión" del testamento cerrado en testamento ológrafo.

Respecto a la pretendida "conversión" del testamento secreto o cerrado en testamento ológrafo (art. 715 C.c., art. 607 del *Codice* italiano, art. 979,2 del *Code* francés)¹⁷¹, es necesario recordar ante todo que el testamento es un acto esencialmente formal¹⁷²;

probatorio del título de crédito irregular respecto a la relación de base sería entonces independiente de su "nueva calificación", meramente procesal, como promesa unilateral, tratándose en todo caso de un fenómeno radicalmente distinto de la conversión. Y a una conclusión parecida cabría llegar si, aun reconociendo a tales declaraciones unilaterales el carácter de declaraciones negociales, se les niega una eficacia independiente respecto a un previo negocio jurídico a efectos de la creación de obligaciones, limitándose así su función a las de "completar, modificar o fortalecer el título del acreedor", DE CASTRO, *op. cit.*, p. 303; lo que parece más coherente con la estructura de nuestro sistema jurídico.

¹⁷⁰ En términos parecidos se habían pronunciado, antes de la entrada en vigor de la actual legislación cambiaria en Italia, FADDA e BENSÀ, *op. cit.*, p. 457. En la línea que apuntamos en el texto, FERRI explica la posible validez como promesa de pago o reconocimiento de deuda de la declaración cartular, nula como tal por falta de los requisitos exigidos por la ley, no en términos de conversión, sino como consecuencia de la inserción de aquélla en una relación fundamental subyacente, *op. ult. cit.*, p. 67. Las consideraciones que desarrollamos en el texto resultan aplicables, a nuestro juicio, tanto en el sistema italiano como en el español. En el Derecho alemán las peculiaridades del sistema (reconocimiento de deuda como negocio abstracto, § 780 B.G.B.) y la existencia de figuras jurídicas exclusivas del mismo (así, la delegación mercantil, que es un título a la orden), determinan que la cuestión se plantee con especial complejidad. Se admite (en contra de la opinión de la jurisprudencia), la posibilidad de conversión de la letra nula por defecto de forma en delegación civil o mercantil, y también, a efectos de fundar la responsabilidad del aceptante (no del librador o endosante), en promesa de pago abstracta, reconocimiento de deuda abstracto, o en documento obligatorio mercantil ("kaufmännischen Verpflichtungsschein"); soluciones éstas últimas que también se admiten para el caso del pagaré nulo; vid. HUECK, A. y CANARIS, C.W.: *Derecho de los títulos-valor*, trad. al español de la edición alemana (München, 1977) de ALFARO, J., 1ª ed., Barcelona, 1988, pp. 89 a 91. Hay que tener en cuenta que el carácter abstracto de la promesa de pago o reconocimiento de deuda en el sistema alemán favorece el que la declaración cambiaria sustituya en lugar de superponerse a aquéllas, por lo que adquiere sentido la posibilidad de conversión; vid. una referencia a las diferentes posibilidades de conversión en materia de títulos-valores, con cita de jurisprudencia al respecto, en MAYER-MALY, *op. cit.*, pp. 876-877; vid. también DILCHER, *op. cit.*, pp. 493-494.

¹⁷¹ En Alemania se corresponde con esta hipótesis la conversión del testamento público (§ 2.232 B.G.B.) en testamento privado u ológrafo (§ 2.231 B.G.B.); sin embargo, no estando previsto tal supuesto en un precepto

la forma asume en él la condición de requisito de validez en todo caso, de tal manera que su inobservancia determina, según los casos, la nulidad o la anulabilidad ¹⁷³. Al mismo tiempo, la forma elegida constituye el elemento caracterizador de las diferentes especies testamentarias, de tal manera que un testamento ha de ser calificado como cerrado, ológrafo, abierto, etc., según la forma que el testador haya decidido utilizar ¹⁷⁴. En consecuencia, serán los requisitos previstos por la ley para tal especie testamentaria los que, en principio, deberán concurrir en el supuesto de hecho concreto; a falta de tales requisitos, será aplicable la sanción correspondiente y, en consecuencia, el testamento será nulo o anulable. Sólo por medio de una específica intervención legislativa (como la de los preceptos arriba citados), podrá alterarse la calificación inicial del supuesto de hecho.

La cuestión, sin embargo, se plantea en términos claramente diferentes respecto a la materia contractual. En efecto, la diversidad de formas testamentarias no refleja una diversidad de función; en este sentido, se puede afirmar que, desde el punto de vista causal, el testamento es un negocio unitario, por lo que la consideración de la causa es, a los efectos de la caracterización del negocio, irrelevante. El cambio de calificación en tema de forma del testamento no implica un cambio en cuanto a los resultados a los que conduce la disposición ¹⁷⁵. En consecuencia, es perfectamente lógico que el ordenamiento, que al imponer un rígido formalismo en materia testamentaria trata de garantizar la efectividad de la voluntad del testador ¹⁷⁶, decida valorar las formalidades efectivamente cumplidas en función de otra forma testamentaria considerada como suficiente, quedando intacta en todo caso la consistencia de la voluntad manifestada a través de ella. La conversión formal del testamento cerrado o secreto aparece así como congruente con la misma *ratio* de las normas que imponen la observancia de las formas testamentarias; lo que ha de ponerse en

específico, suele reconducirse el mismo al ámbito de aplicación del § 140. Sobre el tema, vid. GANDOLFI, *La conversione...I*)..., cit., pp. 289-290.

¹⁷² GALGANO, F.: *Diritto privato*, 5ª ed., Padova, 1988, p. 831; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 4ª ed., Madrid, 1988, p. 331.

¹⁷³ En Italia la inobservancia de los requisitos de forma puede dar lugar a la nulidad o a la anulabilidad, según los casos: vid. arts. 606 y 619 del *Codice*.

¹⁷⁴ Sólo así se explica el hecho de que el art. 607 del Código italiano comience hablando del "testamento segreto, che manca di qualche requisito suo proprio"; y lo mismo cabe decir de nuestro artículo 715.

¹⁷⁵ Se explica así la afirmación de algún autor, antes recordada (CARIOTA-FERRARA y otros), según la cual la conversión formal, a diferencia de la sustancial, se produce independientemente de cualquier valoración de la voluntad del sujeto o de la finalidad por él perseguida, y se reduce a una valoración meramente "formal" y objetiva dirigida a verificar la concurrencia de los requisitos de, en este caso, otra especie testamentaria.

¹⁷⁶ GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 831.

conexión, asimismo, con el criterio del *quod abundat non vitiat*, del que el precepto deriva su origen histórico ¹⁷⁷, y con el principio de conservación del negocio, al que se recurre en esta sede incluso por parte de quienes lo excluyen como fundamento de la conversión material del contrato nulo ¹⁷⁸. En todo caso, la *ratio* y el mecanismo que están en la base del precepto no parecen asimilables a los de la conversión material o sustancial.

C) La "conversión" del documento público formalmente irregular.

Tomemos ahora en consideración el otro ejemplo tradicionalmente calificado como de conversión formal: el del documento público irregular, pero eficaz como documento privado si ha sido firmado por las partes (art. 1.223 C.c, art. 2.701 del Código italiano y art. 1.318 del francés) ¹⁷⁹. La misma literalidad del texto legal permite establecer con toda claridad la diferencia entre esta hipótesis y la conversión material ¹⁸⁰. En efecto, objeto de la nueva valoración por parte del ordenamiento en este caso no es el negocio en sí mismo, sino el documento en el que aquél se hace constar; y la diversidad en cuanto a la eficacia no afecta tampoco al negocio, limitándose al aspecto probatorio. En realidad, a pesar de que la rúbrica del art. 2.071 del Código italiano habla expresamente de "conversión del acto público", no nos parece que se dé aquí conversión alguna, ni siquiera en sentido amplio ¹⁸¹. Se trata simplemente de la atribución de un determinado valor probatorio -

¹⁷⁷ Sobre el origen histórico de este principio, vid. GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 66, n. 47. Al parecer, dicho principio derivaría de una orientación jurisprudencial que emerge en los inicios del XIX, pero que encuentra sus precedentes en ciertas decisiones de los Parlamentos de Tolosa y Burdeos del siglo XVII; en virtud de dicha orientación, las solemnidades añadidas al documento testamentario ológrafo no podrían viciar su validez, aunque fueran defectuosas, con tal de que en aquél concurrieran todos los requisitos del testamento ológrafo; y ello en virtud del criterio *quod abundat non vitiat*, excluyéndose que el acto ológrafo y las formalidades ulteriores dieran vida a un *tout* indivisible, si la escritura del testador tenía ya de por sí una validez propia e independiente del resto. Vid. también pp. 143 y ss.

¹⁷⁸ GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., p. 179, n. 46; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 2º, 10ª ed., Barcelona, 1989, p. 468.

¹⁷⁹ En relación a la inaplicabilidad del art. 2.701 del *Codice* italiano al acto público en el que el notario, directamente o por persona interpuesta, haya sido parte, en cuanto se trataría de un acto aquejado de nulidad sustancial, vid. la S. de la Corte Suprema italiana de 10.3.1956, n. 712, en *Giustizia civile*, 1956, I, p. 1.055 y ss., con nota de DE SIMONE, M.: "In tema di conversione ex art. 2.701 cod. civ."

¹⁸⁰ El mismo origen histórico del precepto hace difícil establecer una conexión, incluso a nivel de principios, entre los dos fenómenos. Vid. *supra*, I, parágrafo 7, n. 78.

¹⁸¹ Ni siquiera del documento como tal, "porque, por hipótesis, éste debe reunir todos los requisitos de la forma en que puede hacerse valer", SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali...*, cit., p. 230. El mismo autor habla, refiriéndose a la rúbrica del art. 2.071, de "inexacta calificación", *op. cit.*, p. 229. Vid., sin embargo, la definición que de la conversión da VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 1.303: "Es aquél fenómeno jurídico gracias al cual un acto, negocio o documento, sustancial o formalmente nulos en su

precisamente el de la escritura privada-, por parte del ordenamiento, a un documento existente en la realidad de los hechos: documento cuya existencia es independiente del contrato en sí mismo considerado, como, por lo demás, es obvio ¹⁸².

En todo caso, el supuesto que estamos contemplando puede adquirir una significación más trascendente desde un punto de vista diferente: así, en el contexto de una hipótesis de conversión material. Si un contrato para el que el ordenamiento exige el acto público como forma *ad solemnitatem* resulta nulo por defecto del mismo, la norma que nos ocupa permitirá que, a los efectos de la conversión en otro contrato para el que se exija, bajo pena de nulidad, su constancia en documento privado, el acto público defectuoso firmado por las partes sea valorado como tal documento privado, más allá de la mera atribución de una determinada eficacia probatoria. Es precisamente en esta perspectiva donde la norma que estamos examinando adquiere una especial significación en cuanto reveladora (aunque su alcance literal sea más reducido) de un principio general en materia de forma contractual, singularmente relevante a los efectos de la conversión: una forma más rigurosa puede ser usada también para un tipo de negocio para el cual la ley exija otra menos rigurosa; mientras que, por el contrario, no puede sustituirse una forma más solemne con otra más simple ¹⁸³. Lo que, en definitiva, no sería más que una aplicación concreta del principio más general *quod abundat non vitiat* ¹⁸⁴.

especie o tipo, resulta válido como acto, negocio, o forma de especie o tipo distinto". Niegan que el art. 1.223 del C.c. recoja un supuesto de conversión formal CORDON MORENO, en SERRA DOMINGUEZ, GUTIERREZ DE CABIEDES y CORDON MORENO: "Comentario a los arts. 1.214 a 1.253", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, 2º, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 189; y RODRIGUEZ ADRADOS, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 352. Según estos autores, este precepto no determina un cambio en la naturaleza del documento, sino que se limita a precisar la eficacia que cabe reconocer el documento público irregular cuando aparece firmado por los otorgantes.

¹⁸² MESSINEO, voz "Contratto (diritto privato)", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 842.

¹⁸³ La formulación de este principio se encuentra en MOSCO, *op. cit.*, pp. 327-328. Así se explica que la conversión sea posible en los casos en que un contrato nulo por defecto de forma escrita puede producir los efectos de un segundo contrato, para cuya validez baste la forma oral: así, por ejemplo, una transacción que tenga por objeto controversias relativas a las relaciones jurídicas señaladas por el art. 1.350, deberá hacerse en documento público o privado bajo pena de nulidad; por tanto, la misma será nula si se celebra oralmente, pero podrá, si concurren los requisitos sustanciales necesarios para ello, convertirse en un negocio de reconocimiento; *op. cit.*, p. 330. Las puntualizaciones de MOSCO nos parecen exactas, en cuanto responden a la misma *ratio* de las normas que regulan el tema de la forma en sede contractual. más dudosa nos parece por el contrario su aplicabilidad en sede de negocios relativos al estado civil, al Derecho de familia o de sucesiones, teniendo en cuenta la diferente función que la forma asume en ellos.

¹⁸⁴ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 537. Una explicación de la *ratio* subyacente a las hipótesis legislativas de conversión formal, como aplicación del principio *quod abundat non vitiat*, pero aludiendo asimismo a la "presunta voluntad subsidiaria de los sujetos" como fundamento de las mismas, se puede encontrar en GANDOLFI, *La conversione...2)*..., cit., p. 127, n. 147. Por nuestra parte, consideramos adecuado el recurso al principio *quod abundat non vitiat* como fundamento de los casos de conversión formal; mientras que no

Es precisamente en este contexto donde parece verificarse la afirmación según la cual conversión formal y conversión sustancial pueden darse simultáneamente en el mismo supuesto de hecho ¹⁸⁵. Un contrato nulo por defecto de forma podrá producir los efectos de un contrato distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, cuando ello sea posible conforme a la norma que prevea la conversión. Nos encontraremos entonces en presencia de un caso de verdadera conversión sustancial, aunque se dé una revalorización del negocio también desde el punto de vista formal ¹⁸⁶; nada impide que se hable de conversión formal para calificar esta "revalorización" de la forma negocial ¹⁸⁷, pero en todo caso se tratará de un mecanismo distinto de la conversión sustancial, aunque se pueda insertar en un supuesto de aplicación de ésta. En cambio, la diversidad de efectos derivada de la conversión formal de un negocio no podrá implicar, por definición, un cambio de la naturaleza de éste ni, en consecuencia, una conversión sustancial ¹⁸⁸.

Resulta claro, a la vista de todo lo anterior, que los fenómenos habitualmente calificados como de "conversión formal" no pueden ser reconducidos, como aplicaciones particulares, al instituto de la conversión sustancial. Pero tampoco nos parece evidente la

nos resulta tan clara la referencia a la presunta voluntad subsidiaria de los sujetos. A nuestro juicio, dada la función que asume la forma en el sistema jurídico, y sobre la cual nos hemos extendido en el texto, la valoración implícita que se da en el fenómeno de conversión formal debe buscarse en el ámbito del ordenamiento, y no en el ámbito de la voluntad de los sujetos. Vid., de todos modos, la opinión aparentemente contraria mantenida por el mismo autor en la p. 402, a la que ya nos hemos referido, en el sentido de considerar "inútil y estéril" cualquier discriminación entre conversión material y formal, en los ordenamientos que han acogido a nivel legislativo un principio general de conversión.

¹⁸⁵ MOSCO, *op. cit.*, p. 329.

¹⁸⁶ Un ejemplo clásico, aunque inadmisibles actualmente en el ordenamiento italiano, era el de la venta de bien inmueble, nula por defecto de forma, convertible en un contrato preliminar de venta. Hoy tal hipótesis no se puede plantear, puesto que el art. 1.351 del *Codice* exige expresamente para el contrato preliminar la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo; vid. GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.105, n. 3. Otro caso, propuesto por MOSCO, precisamente como ejemplo de coincidencia entre conversión material y formal, es el del matrimonio estipulado mediante un documento no firmado por el funcionario del estado civil. En tal caso, según el autor, el documento firmado por los esposos valdría como escritura privada, insuficiente sin duda para revestir el negocio matrimonial, que seguiría siendo inválido, pero sería convertible en promesa de matrimonio, para la cual es suficiente la escritura privada (art. 81); *op. cit.*, p. 330. La hipótesis, sin embargo, podría ser puesta en discusión, precisamente por las consideraciones que antes hacíamos sobre el riguroso formalismo propio de los negocios relativos al Derecho de familia.

¹⁸⁷ Este parece ser el sentido que dan a la conversión formal aquellos autores que hablan de conversión del documento en que se hace constar el negocio; así, FRANCESHELLI, *op. cit.*, p. 382, cuando se refiere a "la conversión llamada impropia, o formal, por la cual un documento que incorpora un negocio, carente de los requisitos de forma exigidos para el mismo, pero dotado de otra forma documental, vale en esta forma". Niega que tenga sentido hablar de conversión del documento BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 537, n. 46.

¹⁸⁸ Expresada en estos términos, no podemos compartir la opinión de LACRUZ, *Elementos...*, cit., I, 3º, pp. 291-292.

oportunidad de construir un concepto amplio de conversión susceptible de reunir las singulares hipótesis de conversión formal y la conversión sustancial ¹⁸⁹, más allá de la simple coincidencia terminológica. Entre otras cosas, se trata de fenómenos que responden a una *ratio* diferente y operan a través de mecanismos asimismo diferentes. Principios tales como el de conservación del negocio, *utile per inutile non vitiatur*, o *quod abundat non vitiat*, cuya relevancia en sede de conversión sustancial es discutida, encuentran en cambio una clara manifestación en tema de conversión formal; en efecto, ésta última aparece como un mecanismo que, lejos de incidir sobre la causa del contrato -que así se puede considerar "conservado" en sentido propio-, opera a partir de una valoración del mismo ordenamiento sobre la relevancia del requisito formal (y de un defecto del mismo) en la estructura "externa" del supuesto de hecho negocial, haciendo posible su eficacia conforme a su naturaleza esencial. En definitiva, la llamada conversión formal opera exclusivamente en el plano de los efectos vinculados por el ordenamiento a una determinada "forma" contractual, y no en el de los efectos derivados del contrato en función de su naturaleza y causa ¹⁹⁰. En consecuencia, no será posible basarse en las particulares hipótesis de conversión formal, para afirmar la existencia de un principio general de conversión sustancial, en los ordenamientos que no lo han codificado por medio de una norma positiva general.

4. La conversión legal.

También la llamada "conversión legal" ha dado lugar a numerosas discusiones doctrinales sobre su relación con el instituto de la conversión material. En general, se habla de conversión legal en relación con aquellos casos en que el ordenamiento, por medio de una intervención concreta y apriorística, prevé que un determinado supuesto de hecho, calificable conforme a los criterios normales según un cierto esquema negocial, produzca los efectos de un esquema distinto, al objeto de evitar la sanción de invalidez que se derivaría de la primera calificación. La cuestión se presenta en términos todavía más

¹⁸⁹ Vid. la opinión de GANDOLFI y la definición de VALLET, antes citadas.

¹⁹⁰ Sobre el valor de la forma negocial y el sentido de su exigencia por el legislador, resultan singularmente clarificadoras las siguientes consideraciones de LARENZ, *op. cit.*, p. 558: "En estas disposiciones se muestra claramente que la forma, aun cuando se haya estimado indispensable por el legislador y por ello la haya preceptuado, se considera por el mismo solamente como un medio dirigido a un fin, siendo posible renunciar a aquél si el fin puede considerarse logrado. Por ello, en la interpretación de los preceptos relativos a la forma se ha de conceder especial importancia a los objetivos perseguidos en cada caso por el legislador".

difusos que en el caso de la conversión formal, como consecuencia sobre todo de la multiplicidad de hipótesis que se traen a colación, cada una de las cuales da lugar a complejos problemas de interpretación. La conversión legal aparece, en efecto, como el resultado de una construcción doctrinal dirigida a reconducir a una categoría unitaria una pluralidad de soluciones legislativas de carácter concreto, cada una de las cuales responde a una *ratio* distinta. La misma legitimidad y virtualidad de la categoría, las hipótesis que se han de reconducir a ella, sus confines precisos respecto a la conversión material y a la formal, etc., son algunos de los problemas que surgen cuando se afronta el estudio de la conversión legal.

Respecto a la relación existente entre conversión legal y conversión material, las opiniones doctrinales son muy diversas, como lo son los criterios utilizados para establecer los límites entre las dos figuras:

1°. Según algunos autores, que mantienen la lectura en clave voluntarista de la conversión material ¹⁹¹, la distinción ha de buscarse en el hecho de que la conversión legal, a diferencia de la sustancial, es actuada directamente por la ley, independientemente de cualquier consideración de la voluntad (efectiva o hipotética) de las partes en el caso concreto.

2°. Todavía con fundamento en la distinta relevancia del elemento volitivo, pero en un sentido diferente, y atribuyendo al concepto de conversión legal un ámbito más restringido, se mantiene que, mientras la conversión en sentido propio aparece como "instrumento general de conservación del negocio, concedido por la ley en armonía con el fin propuesto por la autonomía privada y con el significado que cabe atribuir a su

¹⁹¹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 313; FEDELE, *op. cit.*, p. 697; DE NOVA, *op. cit.*, p. 1; DE CUPIS, A.: "Lineamenti essenziali della conversione del contratto", in *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1989, p. 436; CARRESI, *op. cit.*, p. 593; RIERA AISA, *op. cit.*, p. 717; MARINA, *op. cit.*, p. 723. Este último autor habla de dos modos diferentes de conversión legal: "El primero, menos intenso, se verifica cuando la ley, ante la imposibilidad de mantener un negocio jurídico en su tipo originario, interviene para corregir su alcance con una especie de presunción *iuris et de iure* sobre la voluntad de las partes: es decir, atribuye imperativamente al querer de éstas un intento distinto, pero compatible con el originario. El segundo modo, más intenso, se verifica, en cambio, cuando, observando el legislador en alguna cláusula contractual alguna contrariedad a normas inderogables de orden público, tales cláusulas son sustituidas, de pleno derecho, e incluso contra el querer de las partes, por otras cláusulas (impuestas por la ley en lugar de aquéllas)". En el mismo sentido, vid. GANDOLFI, cit. *infra* en nota 198. Excluye, sin embargo, que respecto a esta segunda serie de casos se pueda hablar correctamente de conversión, precisamente porque la ley determina los efectos, sin deducirlos de la autonomía privada, SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229; vid. lo que se dice en el texto y en la nota siguiente. Contra la validez del criterio diferencial fundado sobre la relevancia del elemento volitivo, BIANCA, *op. cit.*, p. 596. Vid. también la opinión de SARACINI, *op. cit.*, p. 352, en un sentido que podríamos calificar como "eclectico".

expresión", la conversión legal se establece directa y específicamente por la ley, aun inspirándose en la normal voluntad privada, con el objeto de atribuir "una eficacia reducida, o en todo caso compatible con el intento negocial, al negocio nulo o a la cláusula nula". Coherentemente, se excluye que se pueda hablar correctamente de conversión, en aquellos casos en que la intervención legal se concreta en la sustitución de la cláusula o del negocio contrarios a la norma imperativa, y en cuanto tales nullos, por una disciplina normativa, precisamente porque la ley determina sus efectos, no deduciéndolos de la autonomía privada ¹⁹².

3°. En un sentido aproximado, aunque centrándose en particular sobre el diferente mecanismo de actuación, se ha mantenido asimismo que, tratándose en todo caso de hipótesis de cambio forzoso de la causa del contrato, dentro de los límites en que la nueva causa realiza la misma finalidad perseguida por las partes, el juicio sobre dicha identidad en cuanto al fin corresponderá, en los casos de conversión legal, a una valoración imperativa de la ley, mientras en los de conversión sustancial será tarea del juez ¹⁹³.

4°. Un paso más allá, llevando al extremo esta línea de pensamiento, da la tesis que vincula el diferente mecanismo de actuación (*ipso iure* en el caso de la conversión legal; por obra del juez, previa demanda del interesado, en el caso de la conversión sustancial) a una diferencia estructural en cuanto a la naturaleza de la transformación operada en cada una de las categorías que son objeto de comparación ¹⁹⁴.

¹⁹² SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229; CARROZZA, A.: "La conversione legale del contratto privato como strumento d'intervento pubblico in agricoltura", in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 199. Obsérvese que estos autores consideran ajenos a la categoría de la conversión legal aquellos casos en que la intervención legislativa se funda en razones de política legislativa, que se imponen frente a cualquier consideración relativa al interés -normal o presumible- de las partes. Así, el último de los autores citados excluye la calificación de conversión legal respecto a ciertas hipótesis de "transformación" de contratos agrarios, hablando a propósito de ellos de "pseudoconversión". más recientemente, GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.105, aunque poniendo en discusión el valor intrínseco de la categoría, pp. 1.136-1.137.

¹⁹³ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., pp. 317-318 y n. 103; BIANCA, *op. cit.*, p. 596; MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 389.

¹⁹⁴ AURICCHIO, A.: "In tema di conversione del negozio illecito", en *Riv. di dir. comm.*, 1954, 2°, p. 259. Según el autor, tal diferencia de disciplina en cuanto a la concreta modalidad de actuación respondería a un diferencia de estructura: en la conversión legal se daría tan sólo una reducción dentro de los límites legales de los efectos de un determinado negocio, que permanece idéntico, en su tipo y en su naturaleza; de tal manera que el efecto resultante tendría su causa en el mismo acto de autonomía privada. En cambio, para que se diera una verdadera conversión en sentido propio sería necesaria la variación del tipo negocial. No resulta, en nuestra opinión, convincente el concepto restrictivo de conversión legal que queda así configurado, por cuanto quedarían fuera del mismo todas aquellas hipótesis en que la intervención legislativa se dirige precisamente al cambio de la naturaleza del contrato; y es igualmente discutible la exigencia de una variación tipológica como característica inexcusable de la conversión sustancial. Vid., sin embargo, la opinión de SARACINI, *op. cit.*, pp. 350-351, próxima a la de AURICCHIO.

5°. Otro de los criterios utilizados para establecer la línea de separación, partiendo de un planteamiento distinto (el de los partidarios de la concepción objetiva de la conversión), ha sido aquél según el cual la conversión legal encontraría su fundamento en una norma imperativa, y no en una norma dispositiva, como la que está en la base de la conversión propiamente dicha ¹⁹⁵.

6°. Un nuevo criterio de discriminación sería aquél según el cual, mientras la conversión sustancial implica la realización de una función comprendida en el contenido del negocio querido por las partes, en la conversión legal se da, por el contrario, su sustitución por una función distinta ¹⁹⁶.

7°. Teniendo en cuenta la *ratio* de las dos figuras, se afirma que en la conversión legal "se trata, más que de conservar el negocio (contrato) nulo, según el punto de vista de sus autores, de superponer a la disciplina negocial de las relaciones en juego, aquélla que la ley considera que se debe dictar en consideración asimismo a intereses de orden general" ¹⁹⁷. Se cierra así el círculo, en cuanto que esta última posición termina por establecer la línea de separación entre los dos institutos en términos muy próximos a los de la primera tesis que mencionábamos, aunque el punto de partida sea ahora el de la llamada "concepción objetiva" de la conversión del contrato nulo.

Como se ve, la variedad de matices y de criterios utilizados con el fin de delimitar los confines de la conversión legal respecto a la material o sustancial es extrema. Y no podría ser de otra manera, teniendo en cuenta la diversidad de concepciones sobre la misma conversión material que constituyen el punto de partida. La cuestión, sin embargo, se hace todavía más compleja cuando, establecida la distinción entre las dos figuras, se plantea la discusión sobre la posibilidad y la oportunidad de reconducir las diferentes hipótesis de conversión legal al mismo principio general que está en la base de la conversión sustancial ¹⁹⁸.

¹⁹⁵ MOSCO, *op. cit.*, p. 267; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 536; en España, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 137. Contra esta opinión, vid. SARACINI, *op. cit.*, p. 296. El autor considera que tanto el art. 1.424, como las normas que establecen la conversión legal, permanecen al margen de la distinción entre normas cogentes y dispositivas, a causa de su función. Vid. también p. 349, n. 5.

¹⁹⁶ DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.145; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590.

¹⁹⁷ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 234.

¹⁹⁸ Vid., al respecto, la síntesis de posiciones doctrinales elaborada por SARACINI, *op. cit.*, p. 348, n. 5. A favor de la consideración como aplicaciones particulares del instituto de la conversión de las singulares hipótesis de conversión legal, estarían BETTI, BRANCA, CARIOTA-FERRARA, MESSINEO, SANTORO-

No faltan, en fin, autores que ponen en discusión la misma legitimidad de la configuración como categoría unitaria, dotada de un valor sustancial, de la conversión legal, dada la heterogeneidad de las figuras que se reconducen a ella y la imposibilidad de encontrar un común principio inspirador de las mismas. El concepto mismo tendría, según esta tesis, un significado de mera clasificación formal, carente incluso de virtualidad alguna en orden a la comprensión del fenómeno de la conversión del negocio nulo, tal como resulta de su configuración positiva ¹⁹⁹.

5. Las concretas hipótesis de conversión legal.

PASSARELLI, D'ALENA y RODOTA'; a los que se debe añadir, a nuestro parecer, DE CUPIS, A.: "Lineamenti essenziali...", cit., p. 436; y también GANDOLFI, *La conversione...*), cit., p. 127, n. 147, quien concibe la conversión legal como una manifestación del principio general de conversión, aunque fundada sobre una valoración abstracta y apriorística del legislador, y no sobre la consideración del caso concreto. Sin embargo, al mismo tiempo, subraya el autor la diferencia entre aquellas hipótesis en que la previsión normativa tiende a hacer compatible la preservación de los criterios de igualdad y certeza con el respeto de la presumible -en sentido estadístico- dirección de la iniciativa de los sujetos, y aquellas otras en que predominan las consideraciones de política legislativa que se superponen al interés de los sujetos.

Contra la posibilidad y conveniencia de una equiparación entre los dos fenómenos se pronuncian, en cambio, SCOGNAMIGLIO, FEDELE, MOSCO, AURICCHIO, BIGLIAZZI-GERI y SPANO. Resumiendo la posición de estos autores, afirma SARACINI: "Según estos autores, la diferencia de la conversión legal respecto a la conversión 'verdadera y propia' sería muy profunda, hasta el punto de desaconsejar el mismo uso del término 'conversión'; se trataría de una especie de 'inercia terminológica' más que de una verdadera 'correspondencia de la palabra al fenómeno' (SPANO)". más recientemente, se encuentran manifestaciones de esta opinión contraria a la aproximación de las dos figuras en DE NOVA, *op. cit.*, p. 1; D'ANTONIO, A.: *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, pp. 150-151; y, siguiendo a éste último, GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.136-1.137. En la obra de los dos autores últimamente mencionados, tal opinión negativa se inserta en una más amplia crítica, a la que hacemos referencia inmediatamente en el texto, sobre la legitimidad y validez de la categoría de la conversión legal como tal.

¹⁹⁹ D'ANTONIO, *op. loc. ult. cit.* En el mismo sentido, GIANNITI, *op. loc. cit.* Este último autor utiliza la expresión "conversiones impropias" (pp. 1.137 y ss.) para calificar una serie de hipótesis previstas por la ley, algunas de ellas (dejando aparte el caso de las obligaciones convertibles en acciones, que nada tienen que ver con el tema objeto de estudio) habitualmente reconducidas a la categoría de la conversión legal, y que tienen en común el referirse a sectores en los que es evidente el predominio de las consideraciones de política legislativa, a causa de su relevancia social; es decir, en el ámbito de los contratos agrarios (conversión de los contratos asociativos en arrendamiento a petición del concesionario, reconducción al arrendamiento de los contratos agrarios estipulados tras la entrada en vigor de la ley n. 203 de 1982, que tiene por objeto la concesión de fundos rústicos) y del Derecho del trabajo (conversión del subarrendamiento de mano de obra en contrato de trabajo entre el empresario subarrendatario y el prestador de trabajo); vid., al respecto, DE CUPIS, "Lineamenti essenziali...", cit., p. 432, que considera estas hipótesis como de auténtica conversión, aunque en ellas, por las razones antes señaladas, la intervención legislativa sea particularmente penetrante, llegando al punto de vaciar el contrato de su valor como acto de autonomía privada, y degradándolo al nivel de simple hecho al que la ley vincula los efectos de un contrato diferente, dotado de otra causa típica. Recordemos que las mismas consideraciones sirven a CARROZZA para excluir la posibilidad de hablar de conversión, incluso legal, en el caso de los contratos agrarios; *op. cit.*, pp. 199 y 204.

Una primera aproximación a la multiplicidad de hipótesis tomadas en consideración por los autores en sede de conversión legal produce una cierta perplejidad²⁰⁰; en efecto, la explicación en términos de conversión legal de algunas de ellas parece inaceptable por razones de índole diversa: así, la eficacia como reconocimiento del hijo natural de la demanda de legitimación presentada al juez o de la declaración de la voluntad de legitimarlo expresada en acto público o en testamento, cuando la legitimación no llegue a tener lugar²⁰¹; la eficacia atribuida a las disposiciones de última voluntad a favor del alma o a favor de los pobres²⁰²; la consideración como nueva oferta de la aceptación no conforme a la oferta inicial²⁰³; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, que obliga a indemnizar si el tercero no consiente en obligarse o no realiza el hecho prometido²⁰⁴; la regulación de la venta a medida de cosas inmuebles²⁰⁵; la reducción a los límites

²⁰⁰ Un detenido examen de las hipótesis más habitualmente propuestas como ejemplos de conversión legal en la doctrina italiana se puede encontrar en D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 90 y ss., con amplia información bibliográfica. A pesar de que nuestro ordenamiento contiene en muchos casos normas equivalentes a las aquí mencionadas, no todas ellas han sido valoradas por la doctrina española como hipótesis de conversión legal. Respecto a los supuestos considerados en España como ejemplos de conversión legal, vid. *infra*, III, parágrafo 2.

²⁰¹ Art. 254,2 del Código italiano; MOSCO, *op. cit.*, p. 268. La declaración de reconocimiento es una declaración de ciencia, y no de voluntad, por lo que su verificabilidad es independiente de la validez o eficacia del negocio en el que eventualmente se inserte (GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 793). En consecuencia, en el caso del art. 254,2, nos encontramos en presencia de un "principio de comportamiento jurídicamente relevante", o de "una interpretación típica del comportamiento considerado como reconocimiento" (D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 98-99), que lleva a considerar la declaración de reconocimiento como implícita en el acto inicial del procedimiento de legitimación; cuya naturaleza negocial, por otra parte, es también dudosa (D'ANTONIO, p. 98).

²⁰² Arts. 629 y 630 del Código italiano, y 747, 749 y 741 del Código español; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 313, SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 234, SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229, SARACINI, *op. cit.*, p. 351. En contra, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 536; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., I, 2º, p. 469. Como exactamente pone de manifiesto D'ANTONIO, cabe contemplar estas hipótesis como excepciones a la regla, o bien delimitaciones del ámbito de aplicación de la norma que establece la nulidad de las disposiciones testamentarias en favor de personas inciertas; se evita así la inicial nulidad de tales disposiciones, ya sea a través de una interpretación típica, ya a través de la integración legal de las mismas; *op. cit.*, pp. 103 y 106. Vid. también GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.132-1.133.

²⁰³ Art. 1.326,5 del Código italiano, que no encuentra equivalente en nuestro Código. El ejemplo (referido a la aceptación tardía), se encuentra ya en VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, trad. francesa de TORRENTE' e THILO, vol. I, Lausanne, 1929, p. 203; FEDELE, *op. cit.*, p. 697; CARRESI, *op. cit.*, p. 594, n. 107. Se trata, en este caso, de una cuestión de calificación de la declaración de voluntad realizada por el sujeto que recibe una propuesta contractual y no se limita a aceptarla en los términos exactos en que aquélla le ha sido dirigida; en tal caso, su declaración no se puede valorar como aceptación, constituyendo en cambio una nueva propuesta en sentido propio, independientemente del modo concreto en que la misma haya sido presentada por él. En el sentido de que en este caso no es posible identificar una hipótesis de nulidad, sino de inexistencia del contrato, vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 271.

²⁰⁴ Art. 1.381 del *Codice*; BETTI, "Conversione...", cit., p. 812. La hipótesis es la de la asunción, por parte de un sujeto, de una obligación de garantía, es decir, del riesgo de un evento no dependiente de la propia voluntad (GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 413); no cabe, por tanto, apreciar la concurrencia de conversión alguna.

legales del pacto de no concurrencia por una duración superior a cinco años ²⁰⁶; la obligación para el favorecido de prestar garantía en caso de condición resolutoria puesta a una disposición testamentaria ²⁰⁷; o la extensión al otro cónyuge de los efectos derivados de contratos concluidos separadamente por uno de los cónyuges durante el matrimonio en régimen de comunión legal ²⁰⁸.

El discurso, sin embargo, se hace más interesante en relación a otras soluciones legislativas a las que también se ha referido la doctrina italiana -en algún caso, como veremos, también la doctrina española-, y que merecen una consideración más detenida:

a) El art. 638 del Código italiano, prácticamente equivalente al art. 800 de nuestro Código, se refiere a la disposición testamentaria sujeta a una condición suspensiva de no hacer o no dar por un tiempo indeterminado, que se considera como hecha bajo condición resolutoria de hacer o dar, salvo que del testamento resulte una voluntad contraria del testador. En esta norma se ha querido ver una hipótesis de conversión legal fundada en razones de oportunidad ²⁰⁹, con la finalidad de evitar la de otro modo inevitable ineficacia de la disposición durante la vida del designado, si se valora en los términos exactos en que ha sido concebida por el testador. La explicación en términos de conversión legal resulta

²⁰⁵ Art. 1.537 del Código italiano y arts. 1.469 y 1.470 del Código español; AURICCHIO, *op. cit.*, p. 259; en contra, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 536. Es evidente que en la hipótesis en cuestión no se da fenómeno alguno de conversión, ni siquiera en sentido amplio; no se da ni siquiera el presupuesto de la invalidez o ineficacia del contrato. Se trata de una norma que, simplemente, partiendo de una interpretación típica de la declaración negocial contradictoria (no se corresponden la medida real y el precio pactado con el criterio establecido en abstracto para la determinación del precio en función de la medida), procede a la integración de los efectos obligatorios del contrato con una norma, por lo demás, de naturaleza dispositiva.

²⁰⁶ Art. 2.596,2 del Código italiano; AURICCHIO, *op. cit.*, pp. 259-260. También en este caso nos encontramos al margen de un fenómeno de conversión del contrato, tratándose más bien de una hipótesis de sustitución automática de cláusulas contractuales por las correspondientes normas legales imperativas.

²⁰⁷ Art. 639 del Código italiano; de nuevo AURICCHIO, *op. cit.*, p. 259. El recurso a la conversión está, a nuestro juicio, absolutamente fuera de lugar en este caso, tratándose de un poder discrecional atribuido a la autoridad judicial para asegurar la realización de la finalidad buscada por el testador, mediante la adopción de medidas extrañas al contenido de la disposición en sí misma, que no resulta alterada de ningún modo.

²⁰⁸ Art. 177, I, a) del *Codice*; DE CUPIS, "Brevi note sulla conversione dei contratti", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1989, pp. 950-951, y también "Lineamenti essenziali...", *cit.*, pp. 434-435. No se entiende qué tiene que ver la regulación del régimen de comunión legal y los efectos que derivan de ella en relación a las adquisiciones realizadas separadamente por uno de los cónyuges con el fenómeno de la conversión del contrato, cuya eficacia, en sí misma considerada, es absolutamente independiente del régimen económico matrimonial de uno de los contratantes; y tampoco se da en este caso una hipótesis de invalidez o ineficacia del contrato que pueda justificar el recurso a la conversión.

²⁰⁹ BETTI, "Conversione...", *cit.*, pp. 811-812, y *Teoria generale...*, Torino, 1952, pp. 511 y 541. Según el autor, tal principio sería susceptible de aplicación por vía analógica a otros casos similares, como el de la sustitución subordinada a la falta de hijos *nascituri* del sustituto (art. 462 *in fine*), cuando el evento de tal nacimiento resulte en concreto sumamente improbable.

sin duda atractiva; no sería un obstáculo para ello la consideración según la cual nos encontraríamos frente a un fenómeno relativo a una cláusula específica del negocio, si se admite la posibilidad de tal conversión parcial ²¹⁰. Sin embargo, hay que reconocer que parece más convincente una explicación del fenómeno en términos de interpretación conservativa de la disposición testamentaria así concebida, sobre el presupuesto de la concurrencia de una duda sobre la verdadera intención del testador (arts. 1.284 del C.c. y 1.367 del *Codice*) ²¹¹.

b) Un ejemplo de conversión legal se señalaba tradicionalmente en la norma recogida en el art. 696,4º del *Codice*, relativo a la sustitución fideicomisaria, según el cual si el instituido premoría con respecto al testador, o era incapaz de suceder, o era indigno, o renunciaba a la herencia, ésta se devolvía al sustituto, con efectos desde la muerte del *de cuius* ²¹². Sin embargo, la reforma introducida con la ley n. 151, de 19 de mayo de 1975, ha determinado la derogación de la norma en cuestión, simultáneamente a la reducción del ámbito de operatividad de la sustitución fideicomisaria ²¹³; lo que, unido a la ausencia en el ordenamiento español de una norma equivalente, nos dispensa de entrar en un examen más detenido de la cuestión.

c) Se ha hablado asimismo de conversión legal a propósito de la constitución de servidumbre a favor o a cargo de edificio por construir o de finca por adquirir, que se considera eficaz sólo desde el día en que concluya la construcción o se adquiera la finca en cuestión ²¹⁴. La explicación no nos resulta convincente tampoco en este caso, dado que el negocio constitutivo de servidumbre no cambia ni en cuanto a su esencia causal, ni en cuanto a su eficacia intrínseca, limitada al efecto obligatorio en todo caso. El efecto real,

²¹⁰ BETTI, *op. ult. cit.*, p. 510. Es obvio que la conversión parcial no se referiría a la cláusula condicional en cuanto tal, sino a la entera disposición testamentaria sometida a aquélla.

²¹¹ Tal explicación es defendida por D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 91, n. 146.

²¹² Así, MARINA, *op. cit.*, p. 723; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.145; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 234; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229. Contra la calificación como conversión legal, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, pp. 536-537; SARACINI, *op. cit.*, p. 351; MOSCO, *op. cit.*, p. 268, quien duda incluso de la posibilidad de una calificación en términos de conversión sustancial. En fin, también en sentido negativo, D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

²¹³ GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 842.

²¹⁴ Art. 1.029,2 del texto legal italiano; vid., al respecto, PERLINGIERI, P.: "La pretesa conversione del negozio c.d. obbligatorio o ad effetti obbligatori (In tema di servitù a favore e a carico di "edificio da costruire")", en *Riv. giur. dell'edilizia*, 1964, II, pp. 248 y ss. El autor rechaza la opinión doctrinal y jurisprudencial que ve en tal hipótesis, ya sea una aplicación del principio del art. 1.424, ya un caso de conversión legal de los efectos del negocio (pp. 256 y 258), y mantiene en cambio la tesis del negocio condicional (p. 255, n. 16).

aun estando vinculado al acuerdo de las partes, en virtud de la vigencia en el sistema italiano del principio consensual (art. 1.376), no deja de ser un efecto que encuentra su fundamento en la ley, que determina tanto su fuente inmediata como el momento preciso en que se produce ²¹⁵. Desde este punto de vista, el art. 1.029 no sería más que una aplicación del principio operante en materia de compraventa de cosa futura (la adquisición de la propiedad se verifica cuando la cosa viene a existir, art. 1.472). En consecuencia, carece de sentido hablar de "conversión de los efectos reales en efectos meramente obligatorios" por obra de la ley -aun admitiendo por un momento que se pueda hablar de conversión del contrato desde un punto de vista meramente efectual o funcional y no estructural-, ya que se trata de planos absolutamente distintos.

d) Otro ejemplo clásico es el de la servidumbre concedida por uno de los copropietarios de un fundo indiviso; la concesión, ineficaz a los efectos de la constitución de la servidumbre (mientras no se produzca la concesión también por parte de los otros copropietarios, de modo unitario o por separado), obliga de todos modos al concedente y a sus herederos o causahabientes a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido ²¹⁶. Creemos, sin embargo, que tampoco en este caso se puede hablar

²¹⁵ Sobre este punto, muy discutido en la doctrina italiana, nos remitimos a la clara exposición realizada por RUBIO GARRIDO en su tesis, todavía inédita *La compraventa: effetto obbligatorio ed effetto reale (Sull'obbligazione di trasferire e il suo regime di responsabilità -le garanzie-)*, Bologna, 1991, con especial referencia a los párrafos 18 y ss, sobre todo el 21, "La fonte dell'effetto reale: l'esclusiva competenza legale". Vid. también la bibliografía allí citada.

²¹⁶ Art. 1.059,2 del Código italiano y art. 597 del Código español. A favor de la calificación como conversión legal: MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 389, que considera que es éste el único caso conocido de conversión legal en sede contractual; BETTI, "Conversione...", cit., p. 811 (y también en *Teoria generale...*, cit., p. 511), para quien se trataría de un caso de "conversión legal de un negocio no inválido, sino sólo ineficaz (por defecto parcial de legitimación) (...) en el que el efecto real constitutivo de la servidumbre sobre el fundo común resulta debilitado de modo provisional como efecto obligatorio para el concedente y sus causahabientes"; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.145; BIANCA, *op. cit.*, p. 596; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229; DE CUPIS, "Lineamenti essenziali...", cit., pp. 435-436; CARRESI, *op. cit.*, p. 593 y n. 107; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.133. En contra, PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 254, n. 16; D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 119 y ss., especialmente la 127; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 535, n. 38; con reservas, SARACINI, *op. cit.*, p. 351; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 313, para el cual en este caso no se da siempre o sólo conversión; mientras haya posibilidad de que los otros copropietarios concedan también ellos la servidumbre, la declaración hecha por uno de ellos, además de vincularlo obligatoriamente, vale como declaración de constitución, en sentido real, susceptible de dar vida a la servidumbre junto con las otras; sólo cuando conste la falta definitiva de las declaraciones de los otros copropietarios tendrá lugar una verdadera conversión legal, siendo entonces nula como tal la declaración dirigida a la constitución de la servidumbre. En sentido diferente, en fin, MOSCO, *op. cit.*, p. 268, que ve en el caso una hipótesis de conversión verdadera y propia, tal como se define en el art. 1.424, en cuanto que "está fuera de toda duda que la conversión del negocio con efecto real en otro con efecto puramente obligatorio, puede ser también excluida por las partes".

correctamente de un fenómeno de conversión. Como se ha señalado exactamente ²¹⁷, el acto de concesión de servidumbre, realizado por el copropietario individual, adquiere, según los términos del art. 1.059,2, un doble significado: como un "momento" del complejo supuesto de hecho constitutivo del derecho de servidumbre sobre un fundo en régimen de copropiedad; y como acto por medio del cual el copropietario ejercita y agota el poder dispositivo que al respecto le corresponde. Así, la obligación de no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido que surge a cargo del copropietario (y que cabe incluir en la categoría de las obligaciones *propter rem*, lo que explica su transmisibilidad), aparece como efecto preliminar del supuesto de hecho en vías de formación, en coherencia con el genérico deber de comportarse según las exigencias de la buena fe (de la que es expresión el principio según el cual *nemo potest contra factum proprium venire*), y se concreta en una doble vinculación: la de no oponerse al contenido de la servidumbre en vías de constitución, tolerada por los otros copropietarios, y la de no impedir, desde el punto de vista jurídico, el que acabe de configurarse el mismo supuesto de hecho. En consecuencia, la norma en cuestión no hace sino responder a principios de orden general absolutamente ajenos a las exigencias que están en la base del instituto de la conversión ²¹⁸. Como veremos, las mismas consideraciones son aplicables, incluso con mayor razón, al art. 597 de nuestro Código, en el que también se ha querido ver una hipótesis de conversión legal ²¹⁹.

e) El art. 1.411 del Código italiano, al regular el contrato a favor de tercero, dispone que "en caso de revocación de la estipulación o de negativa del tercero a aprovecharla, la prestación queda en beneficio del estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato". En este precepto se ha querido ver por algún autor una hipótesis de conversión legal de los efectos del negocio desde el punto de vista subjetivo, es decir, operada a través del cambio del sujeto a favor del cual se producen los efectos del mismo ²²⁰. Su fundamento sería el principio de responsabilidad y la finalidad de tutelar la confianza dada a la otra parte; desde este punto de vista, la hipótesis debería

²¹⁷ D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 125 a 127.

²¹⁸ D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 127; vid., en el mismo sentido, BIGLIAZZI-GERI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁹ Vid. *infra*, III, parágrafo 2.

²²⁰ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 314; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 812; FEDELE, *op. cit.*, p. 697; RAFFAELLI, A.: "Circa la conversione dei negozi giuridici (conversione volontaria- conversione legale-conversione formale)", en *Foro padano*, 1963, I, p. 1.168. En contra, CARRESI, *op. cit.*, p. 594, n. 107; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, pp. 536-537; D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 139; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.135.

considerarse próxima a aquéllas otras ²²¹ en virtud de las cuales quien emite una declaración cambiaria como representante de otra persona, sin poderes o excediendo los poderes que le han sido conferidos, queda obligado por la letra o el cheque "como si hubiese firmado en nombre propio" ²²². Ahora bien, para excluir que la reversión de la prestación a favor del estipulante prevista por el art. 1.411,3º pueda configurarse como un supuesto de conversión es suficiente, a nuestro juicio, constatar que tal posibilidad aparece condicionada precisamente por la naturaleza del contrato y por la voluntad de las partes, tal como resultan del mismo acuerdo inicial; por lo que es la misma causa del contrato en el que se inserta la cláusula a favor de tercero la que consiente dicho efecto. En consecuencia, no dándose mutación alguna de la causa del contrato, no es posible hablar de un fenómeno de conversión ²²³. En cuanto a las hipótesis señaladas en materia cambiaria, cabe encontrar en ellas algunas "singularidades" respecto al fenómeno normal de conversión que permiten por sí mismas excluir la legitimidad de tal expediente explicativo: en efecto, aquí la conversión se actuaría por medio de un cambio del sujeto; y perseguiría la tutela de la confianza de la otra parte, es decir, no respondería ya a un interés de ambas partes, sino al

²²¹ Art. 11 de la ley sobre la letra de cambio y art. 14 de la ley sobre el cheque bancario, que encuentran sus equivalentes en los arts. 10 y 117 de nuestra Ley Cambiaria y del Cheque.

²²² Vid. los autores citados en la nota precedente y, además, a favor de la tesis de la conversión legal, DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.145, y SARACINI, *op. cit.*, p. 351. En contra, D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 148, y GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.136. A estos ejemplos habría que añadir, en la medida en que responde a la misma lógica, el caso previsto por el Decreto del Presidente de la República n. 30 de 1986. Esta norma, en palabras de GALGANO, *Diritto civile...*, *op. cit.*, II, 1º, p. 358, "después de prohibir a los socios fundadores y a los administradores de sociedades por acciones la suscripción de acciones en sede de constitución de la sociedad o de aumento del capital social, en nombre de la sociedad, no vincula a la violación de la prohibición la consecuencia de derecho común de la ineficacia de la suscripción, sino la consecuencia de que las acciones suscritas en nombre de la sociedad se entienden suscritas en nombre propio por los socios fundadores y por los administradores". La solución es diferente en nuestro sistema, ya que el art. 74 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aun prohibiendo la adquisición originaria de acciones propias por la sociedad, mantiene la eficacia de la adquisición realizada en contra de dicha prohibición, sin perjuicio de que procedan en tal caso las medidas que se señalan en el mismo artículo y en los siguientes.

²²³ Otros argumentos podrían ser tomados en consideración con objeto de excluir la calificación como conversión legal: así, la imposibilidad de aceptar una conversión fundada exclusivamente en el cambio de uno de los sujetos del contrato. Vid., además, las consideraciones desarrolladas por D'ANTONIO en cuanto a las posibilidades de configuración de la organización de intereses que resulta de un contrato de este tipo (según que la atribución del derecho al tercero agote o no el interés perseguido por el estipulante (p. 137); en cuanto al fundamento de la norma, que se localiza en una aplicación específica del principio de conservación del negocio, ajena sin embargo a otras figuras reconducibles a él, como la conversión legal (pp. 138-139); en cuanto al tipo de ineficacia de que se trata, no reconducible a la nulidad del contrato (p. 139); y, en fin, en cuanto a la misma naturaleza de la conversión legal: "Para hablar de conversión legal, parece por lo menos necesaria una intervención legislativa que de modo imperativo y necesario atribuya determinados efectos a un acto negocial que de otra manera no sería susceptible de producirlos"; extremo éste que no se da en el supuesto contemplado si no es en función de la misma voluntad de las partes y de la naturaleza intrínseca del contrato (pp. 139-140). Vid. también, en el mismo sentido, GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.134-1.135.

interés exclusivo de una de ellas ²²⁴. En definitiva, en esta hipótesis no sería posible identificar ni la esencia ni el fundamento característicos del instituto de la conversión del negocio nulo.

f) También se ha recurrido al instituto de la conversión legal para explicar el mecanismo que opera en el ámbito de los contratos agrarios, en virtud de las previsiones de la ley de 3 de mayo de 1982. Esta ley, fundada en consideraciones de política legislativa relacionadas con exigencias de desarrollo económico y justicia social, introdujo la llamada conversión de los contratos agrarios de carácter asociativo (aparcería, colonia parciaria) en arrendamientos, actuada a petición de una de las partes. Concretamente, el cesionario puede actuar la conversión por medio de un acto unilateral de voluntad, al margen del eventual desacuerdo del cedente; en cambio, cuando la petición proceda del cedente, será necesario el consentimiento del cesionario. Además, y por lo que se refiere a los contratos agrarios estipulados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, y cuyo objeto sea la concesión de fundos rústicos o entre cuyas prestaciones se encuentre la aportación de fundos rústicos, se prevé la llamada "reconducción al arrendamiento", es decir, la aplicación de las normas reguladoras del arrendamiento de fundos rústicos ²²⁵.

La calificación de "conversión" atribuida por el mismo texto legal al fenómeno ha sido recogida por una parte importante de la doctrina ²²⁶, pero también ha encontrado detractores ²²⁷. A nuestro juicio, es necesario establecer una distinción entre, por una parte,

²²⁴ D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 148 a 150; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.136.

²²⁵ La descripción del fenómeno y de sus antecedentes legislativos se puede encontrar en GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, p. 48. Sobre el tema, vid. también MODICA, R.: "Conversione e adeguato apporto nella interpretazione delle Sezioni unite", en *Giur. italiana*, 1989, I, sez. 1, pp. 1.396 y ss., especialmente 1.401-1.402.

²²⁶ Así, GALGANO, *op. ult. cit.*, II, 1º, p. 318, n. 103; DE CUPIS, "Lineamenti essenziali...", cit., p. 432; MODICA, *op. cit.*, *passim*; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 381.

²²⁷ CARROZZA, *op. cit.*, p. 199, refiriéndose a la disciplina normativa vigente antes de la ley de 1964, excluía la posibilidad de recurrir al instituto de la conversión legal en materia de contratos agrarios, al no ser relevante en este ámbito "la presunta conformidad de los efectos de la conversión a los intereses (al menos iniciales) de los estipulantes, como medio de garantizar al consentimiento, incluso después de la desaparición del negocio, una especie de ultraactividad"; lo que, constituiría, según el autor, la esencia del fenómeno de conversión legal. En consecuencia, habla en estos casos de "pseudoc conversión del contrato agrario", como "modo de fabricación -típico del Derecho agrario- de relaciones contractuales de origen legal, es decir, en pocas palabras, contratos 'legales'", cuya fuente no cabría buscar en un acto de autonomía privada (p. 204). Más recientemente, GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.139 y ss., habla de "conversiones impropias" para calificar estas hipótesis, excluyendo en todo caso la posibilidad de reconducirlas al concepto de conversión legal. En concreto, en cuanto a los casos de conversión de los contratos asociativos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley, y actuada a petición de una de las partes o de las dos, se remite al esquema de la novación objetiva del contrato (p. 1.141); mientras que, refiriéndose a la reconducción al arrendamiento, considera pertinente el recurso a la inserción automática de cláusulas del art. 1.339 (p. 1.143).

los casos de "conversión" de los contratos asociativos en arrendamiento, operada a petición de una de las partes o de ambas, y, por otra, los casos de reconducción al arrendamiento. En el primer caso (que encuentra una correspondencia en la legislación española)²²⁸, a pesar del uso por el legislador del término "conversión", habría que admitir más bien una explicación en términos de novación, actuada por vía contractual en el caso de petición del cedente, y a través del ejercicio de la correspondiente facultad atribuida por el ordenamiento, en el caso de petición procedente del cesionario²²⁹. En cambio, en el caso de la reconducción al arrendamiento (supuesto éste no previsto por la legislación española) consideramos que sí es posible hablar de una verdadera hipótesis de conversión del contrato, operada por la ley sobre la base de consideraciones de política legislativa; en efecto, se da en este caso una mutación *-ipso iure* y con eficacia *ex tunc*- de la causa del negocio, que aun habiendo sido celebrado como contrato asociativo, es valorado por el ordenamiento como contrato sinalagmático -el arrendamiento-²³⁰. Es obvio, de todos modos, que aun tratándose de fenómenos cuya esencia es similar²³¹, la hipótesis en cuestión no es reconducible a la conversión sustancial, siendo evidentes las diferencias entre ambas, ya sea en cuanto a la *ratio*, ya en cuanto al concreto mecanismo de actuación.

Llegados a este punto, no podemos por menos de compartir las reservas expresadas por algunos autores, a los que ya hemos hecho referencia, en cuanto a la escasa consistencia de la categoría de la conversión legal, si a ésta se le quiere atribuir un alcance que vaya más allá de un mero valor descriptivo. Desde el punto de vista sustancial, no es posible encontrar, entre las diferentes hipótesis propuestas como pertenecientes a dicha categoría, una *ratio* o un mecanismo comunes que puedan sostener desde el punto de vista conceptual la construcción de una categoría dotada de una mínima homogeneidad. Por el contrario, en la mayor parte de los casos la solución legal puede explicarse recurriendo a otros mecanismos que nada tienen que ver con un fenómeno de transformación de la

²²⁸ Vid. *infra*, III, parágrafo 2.

²²⁹ Vid. GIANNITI, *op. loc. ult. cit.*, y también DE CUPIS, "Lineamenti essenziali...", cit., p. 433.

²³⁰ No consideramos aceptable la tesis de GIANNITI, anteriormente expuesta, según la cual en este caso se verificaría una aplicación específica del mecanismo de la inserción automática de cláusulas (art. 1.339 del Código italiano); mecanismo que, según el autor, en lugar de producir una adecuación parcial del reglamento contractual predispuesto por las partes, como ocurre en las hipótesis normales, afectaría al contrato por entero. No consideramos, sin embargo, que los límites del fenómeno de inserción automática de cláusulas puedan extenderse hasta el punto de comprender también un cambio de la misma naturaleza del contrato al que aquélla afecta; del mismo modo que la integración legal del reglamento contractual no puede llevar a un cambio de la calificación negocial.

naturaleza del contrato. Es indudable que el legislador puede imponer una alteración de esa naturaleza en aras de la consecución de determinados objetivos de política legislativa; pero este fenómeno se presenta con un carácter marcadamente excepcional, y aun en tales casos, la intervención legal se plantea en términos claramente distintos de los que caracterizan a la conversión sustancial. En efecto, si, como veremos en su momento, ésta es en esencia un mecanismo *sui generis* de tutela de la autonomía privada, lo que explica tanto los presupuestos como las cautelas que han de observarse en su aplicación, fenómenos tales como la reconducción al arrendamiento de los contratos agrarios de carácter asociativo nos sitúan en el ámbito de la configuración legal de situaciones contractuales, en las que la consideración del acto de autonomía privada pasa a un segundo plano²³². En definitiva, entendemos que no es posible ni puede proporcionar provecho alguno aproximar una categoría elaborada sobre tales bases al instituto de la conversión sustancial del contrato, con objeto de dar una respuesta a los múltiples problemas que ésta plantea al intérprete.

6. Fundamento de la conversión del contrato nulo.

La construcción dogmática del instituto de la conversión ha ido acompañada de numerosos esfuerzos doctrinales en orden a justificar la operatividad de tal mecanismo, dotado de un marcado carácter de excepcionalidad, a la luz de ciertos principios fundamentales del sistema: tutela de la autonomía privada, conservación del negocio, economía jurídica, buena fe, tutela de la confianza, principio de responsabilidad, *utile per inutile non vitiatur, quod abundat non vitiat*, etc. En aquellos países que han acogido la conversión por vía legislativa se ha tratado de explicar de este modo la conexión entre el instituto y la lógica del ordenamiento jurídico. En otros países, a falta de una formulación positiva de carácter general, se ha tratado de fundamentar la aplicabilidad de la conversión mediante el recurso a los principios generales que estarían detrás de él. El examen detenido de la significación que cada uno de esos principios asume en relación con el mecanismo técnico de la conversión se revela como imprescindible a efectos de determinar, por un lado, cuál es la función propia de este instituto jurídico dentro del sistema negocial; por otro, en orden a valorar en qué medida la vigencia y la concreta significación que tales

²³¹ De "analogía" habla al respecto GALGANO, *Diritto civile...*, II, 1º, p. 318, n. 103.

²³² CARROZZA, *op. cit.*, p. 204.

principios asumen en un sistema como el español justifican y postulan la aplicabilidad de la conversión en él.

7. El principio *utile per inutile non vitiatur* y la conversión. La exigibilidad de una objetiva "relación de continencia" entre el negocio nulo y el negocio "sustitutivo".

Algunos autores han querido ver en la base de la conversión del contrato nulo la incidencia del antiguo brocardo *utile per inutile non vitiatur*²³³. Esta teoría ha de conectarse, por un lado, con la concepción de la conversión en términos de "reducción"²³⁴, corolario de la cual sería la aproximación entre los institutos de la conversión y de la nulidad parcial del negocio; por otra, con la tendencia, sentida por la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia italianas, a exigir como requisito para la actuabilidad de la conversión la existencia de una objetiva "relación de continencia sustancial" entre el negocio nulo y el resultante de aquélla²³⁵.

En la base de tal concepción es posible entrever la influencia del dogma de la voluntad dominante en sede pandectística. En efecto, la tesis según la cual la conversión sería una aplicación del principio *utile per inutile...* se remonta a las primeras formulaciones de los Pandectistas alemanes (THIBAUT, PUCHTA)²³⁶, dirigidas a hacer posible la inserción de tal mecanismo en un sistema negocial fundado en el dogma de la voluntad, es decir, sobre la necesaria referibilidad de los efectos derivados del negocio a la voluntad "negocial" de las partes. Reflejos de esa concepción son perceptibles asimismo en ciertos pronunciamientos de los Tribunales prusianos²³⁷, y en las primeras aproximaciones

²³³ Antes del actual Código italiano, SATTA, *op. cit.*, p. 15. Bajo el nuevo Código, DI BLASI, *op. cit.*, p. 446; MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 385; BARBERO, *op. cit.*, p. 332. Recientemente, FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 378. En España, VALLET, *op. cit.*, p. 1.313.

²³⁴ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 314; MARINA, *op. cit.*, p. 722; FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 279; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 232; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 228; respecto al § 140 del B.G.B., SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 317.

²³⁵ FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 279; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.143; SCIPIONI, E.: "Contratto di edizione e conversione del negozio giuridico", en *Il diritto di autore*, 1973, pp. 33-34; PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 256 y n. 23; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 377; VALLET, *op. cit.*, p. 1.318.

²³⁶ GANDOLFI, *La conversione...I*)..., cit., pp. 13 y ss. Vid. *supra*, I, parágrafo 5.

²³⁷ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 69.

legislativas al instituto de la conversión ²³⁸. Sin embargo, ya desde las primeras manifestaciones de esta tendencia en sede jurisprudencial es perceptible con toda claridad la inactuabilidad práctica de un mecanismo de conversión concebido en términos de *utile per inutile...*; como consecuencia de la aplicación del mismo el acto resulta mantenido en vida parcialmente por vía directa, es decir, considerándose querido de modo principal dicho efecto parcial, y sin que se den ni siquiera los presupuestos para afrontar el problema de la conversión (el acto ni siquiera es considerado como nulo) ²³⁹. Del mismo modo, la necesaria referencia a la voluntad efectiva de las partes, característica del sistema del *Code* francés, que proporcionó a la jurisprudencia la llave para la introducción del instituto de la nulidad parcial en aquel ordenamiento (sobre la base de valorar "si la clause nulle a été la cause ou la condition impulsive de l'acte"), constituyó al mismo tiempo el principal obstáculo para la admisibilidad de la conversión en sentido propio en Francia ²⁴⁰.

Pero la concepción de la conversión como manifestación del principio *utile per inutile non vitiatur* también ha tomado cuerpo en la jurisprudencia italiana posterior a la entrada en vigor del nuevo Código de 1942 ²⁴¹. Frente a la expresión "effetti di un contratto diverso" del art. 1.424, se observa en la jurisprudencia inmediatamente posterior a 1942 la tendencia a concebir tal "diversidad" desde un punto de vista tipológico (necesidad de que el contrato sustitutivo pertenezca a un tipo contractual distinto del contrato nulo); pero pronto la tendencia cambia, y se admite que el negocio sustitutivo pueda ser "del mismo tipo del nulo celebrado, pero con efectos más limitados" ²⁴²; de manera que el negocio subterráneo debe ser "extraído del mismo contenido de la relación constituida".

Sobre estas bases se va afirmando la opinión según la cual entre el negocio nulo y el negocio sustitutivo debe darse una "relación de continencia sustancial", estando el segundo comprendido en el supuesto de hecho inválido y siendo, en consecuencia,

²³⁸ Así, en el "Codex Maximilianeus Bavaricus civilis", de 1756; vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 104.

²³⁹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 68-69.

²⁴⁰ GANDOLFI, *La conversione...2)*..., cit., p. 177.

²⁴¹ El fenómeno ha sido objeto de estudio por parte de GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 268 y ss, y también "Il principio di conversione...", cit., pp. 203 y ss. El autor, de todos modos, subraya el hecho de que la corrección o no del criterio mantenido por la jurisprudencia en la materia es independiente de la "plausibilità delle soluzioni concrete" (p. 207).

²⁴² Así, Cass. 18.4.1953, n. 1.036, cita en GANDOLFI, *La conversione...2)*..., p. 270, n. 92.

susceptible de ser considerado también como querido por las partes ²⁴³. Esta formulación encuentra su fundamento en la decidida toma de posición de la Corte de Casación -frente a las incertidumbres doctrinales sobre la relevancia del elemento subjetivo en materia de conversión ²⁴⁴- a favor de la necesidad de vincular los efectos del negocio sustitutivo a la voluntad implícita, y por tanto efectiva, de las partes; y así, entre los "requisitos de sustancia y forma" del esquema negocial subentrante que, según el texto del art. 1.424 deben darse en el supuesto de hecho puesto en práctica por los sujetos, la jurisprudencia exige la presencia de la "voluntad manifestada por las partes" y dirigida al resultado final al que conduce el mecanismo ²⁴⁵. Ahora bien, tal voluntad sólo es concebible en la medida en que la conversión sea a su vez concebida como una especie de "reducción convalidante del acto", reconducible al principio del *utile per inutile non vitiatur*, y análoga a la *conversion par réduction* admitida por la doctrina francesa ²⁴⁶.

Esta concepción ha sido objeto de diversas críticas. Desde el punto de vista dogmático, se ha subrayado la radical incomprensión de las novedades aportadas por el texto legal de 1942 -en la línea del § 140 del B.G.B.- en cuanto a la configuración del instituto de la conversión. La exigencia de una voluntad efectiva de las partes dirigida, aunque sólo sea de modo subsidiario, a los efectos del negocio subentrante, ignora el valor que en la fórmula legislativa asume la referencia a la voluntad hipotética de los sujetos.

²⁴³ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 270 y 275. La tesis objeto de examen ha encontrado también sostenedores en un sector minoritario de la doctrina alemana (especialmente FLUME), que parte de la afirmación, recogida en algunos pronunciamientos judiciales, según la cual la conversión presupone que los elementos del segundo negocio, admitido como válido, estén contenidos en el negocio nulo inicialmente celebrado. Según esta opinión, "la operación de conversión se resolvería en la utilización y conservación de una parte 'en sentido cualitativo' contenida en el reglamento negocial", y, en consecuencia, las normas que en el B.G.B. regulan, respectivamente, los institutos de la nulidad parcial (§ 139) y de la conversión (§ 140), "enunciarían el mismo concepto. Análogo sería por tanto el procedimiento a seguir en su aplicación; salvo por el hecho de que en la una y en la otra se contemplarían, respectivamente, la nulidad parcial en sentido 'cuantitativo' y 'cualitativo'. En consecuencia, la operación de conversión presupondría, no tanto que el negocio puesto en práctico sea 'nulo' en sentido propio, cuanto que el mismo 'no valga como lo que debería'"; vid. GANDOLFI, *La conversione...I*)..., pp. 261-262, quien resume la opinión de FLUME. Esta concepción, sin embargo, no ha sido acogida por la mayor parte de la doctrina alemana e italiana: "En la conversión no se trata únicamente, contra lo que opina FLUME, de un 'caso particular de nulidad parcial' (...). Es relevante la consecución plena o, al menos, parcial, del resultado económico pretendido por las partes, considerando la valoración de intereses por ellas efectuada, no que el negocio a considerar como válido estuviese contenido íntegramente en el negocio nulo como parte de éste ni que sólo se requiriese separarlo de él. Ciertamente, se dará con frecuencia este caso"; LARENZ, *Derecho Civil...*, cit., pp. 645-646; en el mismo sentido, MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 872; MEDICUS, *op. cit.*, p. 187; vid. también GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 264. Una crítica a la tesis de FLUME (seguida en Italia por MIRABELLI), en D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 263 y n. 424.

²⁴⁴ GANDOLFI, "Il principio di conversione...", cit., p. 200. Sobre la discusión doctrinal al respecto, vid. *infra*, II, parágrafo 10.

²⁴⁵ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 212.

Recuérdese al respecto que dicho expediente había sido introducido en la redacción definitiva del § 140 del B.G.B. (en armonía con las críticas dirigidas al primer proyecto por GOLDSCHMIDT y ZITELMANN), precisamente con el fin de hacer aplicable el mecanismo de la conversión como instituto dotado de una autonomía propia. La exigencia de una voluntad efectiva (implícita, presunta, subsidiaria) para la aplicabilidad de la conversión determina un regreso a la tesis dominante entre los Pandectistas, cuya inactuabilidad práctica ya había sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia alemana anterior al B.G.B. Por otra parte, la exigencia de una "voluntad manifestada" dirigida a los efectos del negocio convertido aparece como una reminiscencia de la "voluntad del negocio", característica también del sistema pandectista, pero superada en la actual configuración del sistema negocial italiano ²⁴⁷; y tampoco parece coherente con el significado que el legislador atribuye a los "requisitos de sustancia y forma" del esquema negocial subterráneo, admitiendo con ello implícitamente que no es requisito de la conversión la existencia de una voluntad efectiva favorable al negocio sustitutivo ²⁴⁸. Al mismo tiempo, la concepción de la conversión en términos de "reducción del negocio" lleva a la práctica equiparación de los fenómenos de conversión y nulidad parcial, cuando la mayoría de la doctrina percibe una clara diferencia en cuanto a la función y al mecanismo propio de cada una de estas figuras; en efecto, mientras el presupuesto de la nulidad parcial es precisamente el hecho de que la sanción de invalidez recaiga sólo sobre una parte identificable del contrato, la conversión sirve en cambio para la recuperación de un acto totalmente inválido ²⁴⁹.

Pero la crítica puede plantearse también desde un punto de vista práctico. En efecto, la actitud de desconfianza de la jurisprudencia italiana, manifestada a través de la que se ha

²⁴⁶ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 206.

²⁴⁷ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 214, subraya el hecho de que el actual sistema italiano se ha alejado, tanto de la "voluntad del negocio", de matriz pandectística, como de la teoría de la voluntad en su formulación napoleónica (la producción de los efectos del acto como consecuencia necesaria de una voluntad efectiva, aunque sea sobreentendida o presunta). En este sentido, la norma del art. 1.424 habría de ser considerada, según el citado autor, como una de las normas más expresivas de las directivas fundamentales del nuevo sistema negocial italiano (pp. 197 y 212). Sobre la superación del dogma de la voluntad y la tendencia hacia la objetivación del intercambio contractual, en coherencia con las exigencias de una segura, rápida y amplia circulación del riqueza, y con el simultáneo desplazamiento del eje del contrato del requisito del consentimiento al de la causa, vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, pp. 451-452.

²⁴⁸ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 206.

²⁴⁹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 214; CRISCUOLI, G.: *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, p. 282. Vid. también, *infra*, II, parágrafo 18, A), sobre las diferencias entre conversión y nulidad parcial.

definido como "interpretación abrogadora del art. 1.424"²⁵⁰, se ha resuelto en una sustancial inaplicación del instituto de la conversión en Italia, ante la lógica imposibilidad de descubrir una voluntad implícita de las partes -ignorantes de la nulidad del acto realizado- dirigida al segundo negocio, en ausencia de una declaración negocial en ese sentido; declaración que, en caso de que se diera efectivamente, excluiría la necesidad de recurrir a la conversión²⁵¹. Reflejo de esta dificultad, observada en el ámbito jurisprudencial, ha sido la opinión, a veces manifestada en la doctrina, según la cual la conversión sería un instituto dotado de una escasa relevancia desde el punto de vista práctico²⁵², y la propuesta de un uso más intenso y provechoso de este mecanismo²⁵³. Lo cierto es que la actitud de la jurisprudencia italiana induce a preguntarse hasta qué punto en la mentalidad jurídica latina ha calado realmente la idea de que es posible configurar el acto de autonomía privada prescindiendo de la voluntad efectiva de las partes para atender a conceptos tales como la voluntad hipotética o la finalidad económica perseguida.

Por el contrario, el concepto de "continencia" acogido por la jurisprudencia alemana no ha impedido que la conversión sea aplicado en aquel país con gran intensidad. Los Tribunales alemanes, en efecto, exigen solamente una relación de continencia en el plano de los efectos: el negocio subentrante no puede exceder los límites efectuales del inválido, ya que, de otro modo, no podrían concurrir en éste último los elementos del primero²⁵⁴.

A la vista de lo dicho hasta ahora, resulta clara la incongruencia de una concepción del instituto de la conversión sustancial que se apoye en el principio *utile per inutile non*

²⁵⁰ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 213-215. La no subsistencia de la necesaria relación de continencia entre el negocio nulo y aquél en que el mismo debería convertirse es causa de que se deniegue la conversión en el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de Florencia de 21.6.1971, en *Dir. di autore*, 1973, 31, con nota de SCIPIONE, cit.: un contrato de edición a término, nulo por defecto de los requisitos establecidos por la ley, se declara no convertible en un contrato de compraventa, al tener éste un alcance mayor que el primero.

²⁵¹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 213.

²⁵² Así, en MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 389; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

²⁵³ FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 280, n. 13, achaca a la actitud "temerosa" de la jurisprudencia italiana la escasa aplicación práctica de la conversión en ese país, y se pronuncia en favor de una utilización más amplia de la misma, considerándola como un útil mecanismo de flexibilización del sistema. Vid. también GANDOLFI, *op. loc. ult. cit.*, quien rechaza la afirmación según la cual en el sistema italiano "son más bien escasas la necesidad y las posibilidades de actuar el tratamiento en cuestión".

²⁵⁴ En este sentido, LARENZ, *op. cit.*, p. 646; MEDICUS, *op. cit.*, p. 187; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 872; DILCHER, *op. cit.*, p. 495; GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 206, y *La conversione...1*..., cit., p. 267. Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana excluye la convertibilidad de una comunicación de denuncia o de receso en una declaración de impugnación, mientras que sí se ha admitido el caso contrario; vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 261, n. 2.

vitiatur. La conversión de un contrato nulo no puede significar una intervención orientada a la eliminación de ciertas partes del mismo, directamente afectadas por la sanción de invalidez, con objeto de salvar el resto. El supuesto de hecho al que se aplica la conversión no es el del negocio cuya nulidad puede evitarse por medio de la identificación y consecuente separación (irrelevante a los efectos de la caracterización del negocio en cuanto tal) del elemento estructural directamente afectado por el rechazo del ordenamiento; tal hipótesis debería, por el contrario, quedar sometida a otro mecanismo diferente, el de nulidad parcial. El principio *utile per inutile...* es, por el contrario, identificable en la base de las hipótesis de conversión formal, donde su operatividad se justifica precisamente por la especial significación que en el sistema negocial asumen los requisitos de forma (*quod abundat non vitiat*)²⁵⁵.

Por otra parte, si por medio de tal concepción se trata de salvaguardar la referibilidad de los efectos jurídicos derivados del negocio a la voluntad real de las partes, no sólo se olvida que tal vinculación se ha revelado como lógicamente incongruente, prácticamente inactuable, y dogmáticamente injustificada en un sistema negocial definitivamente alejado de la teoría de la voluntad; se incurre también en la precipitada y discutible formulación de la premisa según la cual la voluntad dirigida al "más" contiene implícitamente la voluntad dirigida al "menos"²⁵⁶.

²⁵⁵ Vid. *supra*, II, parágrafo 3.

²⁵⁶ En este sentido se pronuncia DE CASTRO cuando critica la concepción según la cual la conversión no sería sino un fenómeno de "reducción del negocio", una especie de "nulidad parcial cualitativa", *op. cit.*, p. 489: "Esta solución teórica tampoco resulta convincente. La voluntad negocial no puede decirse respetada en base al razonamiento de que el negocio reducido válido esté comprendido en el negocio más amplio nulo. En la conversión, el llamado nuevo negocio será un *aliud* y no un *minus*, ya que hay un cambio de cualidad". CARRESI, *op. cit.*, p. 596, rechaza la aplicabilidad a la conversión de la regla según la cual en el más está incluido el menos, considerándola en cambio razonable en sede de nulidad parcial.

A nuestro juicio, es significativo el hecho de que la norma que prevé el mecanismo de nulidad parcial en el Código italiano (art. 1.419, 1º) haga referencia explícita a la voluntad hipotética de las partes. En la norma correspondiente del B.G.B. (§ 139: "Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde"), el valor atribuido a la voluntad hipotética es esencialmente positivo: la nulidad total del contrato es la regla, y el mantenimiento de su validez parcial se da de modo excepcional, y sólo en la medida en que se pueda configurar una voluntad hipotética de las partes favorable a tal solución. Si el mantenimiento en vida del contrato presupone un juicio sobre la voluntad que las partes "habrían tenido", es evidente que no se puede hablar de una voluntad "real" implícita en la efectivamente formulada; en definitiva, el legislador alemán no ha acogido, tampoco en sede de nulidad parcial, el principio según el cual en el "más" está incluido implícitamente el "menos", ni siquiera como presunción. Distinta parece la actitud del legislador italiano, que invierte los términos y configura la nulidad total del contrato como excepción a la regla de la validez parcial. A la voluntad hipotética se le atribuye, según el dictado legal, una función negativa (la de excluir el mantenimiento de la validez del contrato afectado sólo parcialmente por la nulidad); a diferencia de su relevancia positiva en sede de conversión. Planteada así la cuestión, parece que la intervención del legislador italiano se funda sobre la presunción *iuris tantum* de que la voluntad referida al contrato en su

Ahora bien, si desde el punto de vista estructural -plano en el que opera la conversión²⁵⁷- no tiene sentido hablar de una relación de continencia entre el esquema negocial elegido y el subentrante, tal formulación puede en cambio plantearse lícitamente en el plano de los efectos concretos derivados del supuesto de hecho convertido. Hemos visto cómo esta "continencia efectual", entendida como límite insuperable del mecanismo, es exigida por la jurisprudencia alemana. Se trata en este caso de un límite de carácter esencialmente negativo, exigido por la misma *ratio* del instituto (tutela de la autonomía privada dentro de los límites del fin práctico perseguido)²⁵⁸, más que de un requisito *sine qua non* para la actuabilidad del mismo; lo que resulta particularmente importante cuando se considera la posibilidad de que la comparación, a nivel de resultados, de los dos esquemas negociales, no pueda realizarse en términos cuantitativos, sino de afinidad o congruencia²⁵⁹. Precisamente desde este punto de vista adquiere sentido la observación empírica, frecuentemente apuntada en la doctrina, según la cual el negocio sustitutivo cumple, "normalmente", una función más restringida que aquélla a la que se enderezaba el

integridad contiene la voluntad referida a una parte del mismo. Sin embargo, tampoco esta interpretación aparece como incuestionable. Vid., a propósito del tema, ROPPO, E.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", en *Riv. dir. civ.*, 1971, 1, pp. 715 a 717, quien rechaza la concepción según la cual el art. 1.419, 1º sería una aplicación del principio de conservación y del *utile per inutile non vitiatur*. Prescindiendo de cualquier referencia a la subsistencia o no de una voluntad que sostenga el mecanismo de nulidad parcial, el autor ofrece una teoría fundada sobre bases totalmente distintas: "Al ordenamiento no le interesa, en abstracto, que los contratos parcialmente nulos permanezcan o caigan, sino sólo que la nulidad de un sector del reglamento pactado no dé lugar, entre las partes, a ventajas y correlativos empobrecimientos injustificados, y a la satisfacción de pretensiones contrarias a la buena fe". Y añade: "Del enunciado de la ley se puede, si acaso, deducir una simple regla probatoria, que atribuye la carga de la prueba a la parte que quiere hacer valer la nulidad total: sólo en este limitado sentido de técnica procesal puede apreciarse la diferencia entre el régimen de la nulidad parcial italiano (y suizo), y el alemán. Pero incluso desde este punto de vista las distinciones se van difuminando, gracias a las operaciones interpretativas con que los escritores alemanes atenúan el rigor de la regla de prueba contenida en el § 139 del B.G.B."

²⁵⁷ En este sentido, vid. NUZZO, M.: "Note sulla conversione dei negozi giuridici", en *Giustizia civ.*, 1982, 2º, p. 1.897.

²⁵⁸ Plantea la cuestión en la perspectiva de la concurrencia del presupuesto subjetivo (voluntad hipotética) de la conversión LARENZ, *op. cit.*, p. 646: "Los límites de una conversión lícita resultan justamente de considerar la voluntad hipotética de las partes. En un contrato obligacional no debe imponerse a una de las partes una obligación que exceda de la que ha pretendido contraer; mediante el segundo negocio jurídico no deben producirse efectos económicos que excedan de los pretendidos por las partes". Desde el punto de vista del "fin perseguido" (novedad del art. 1.424 respecto al § 140 B.G.B.), como límite de la actuabilidad de la conversión, se pronuncian diversos autores italianos: vid., por todos, GALGANO, "Diritto civile...", cit., II, 1º, p. 318: "[La conversión ex art. 1.424] se caracteriza como una mutación forzosa [de la causa del contrato], legítima sólo dentro de los límites en que la nueva causa, que ocupa el lugar de la causa originaria, realiza el mismo fin perseguido por las partes"; NUZZO, *op. cit.*, p. 1.898.

²⁵⁹ MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 872. Vid. también GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 267 y 273.

negocio celebrado ²⁶⁰, lo que supone un implícito reconocimiento de la inconsistencia de una concepción de la conversión que supedita su aplicabilidad concreta a la concurrencia de una objetiva relación de continencia sustancial ²⁶¹.

8. El principio de conservación del negocio; el principio de economía jurídica.

La mayoría de los autores que han estudiado el instituto de la conversión reconocen en él una manifestación del principio de conservación del negocio ²⁶²; para alguno de ellos, se trataría incluso de su más relevante aplicación ²⁶³. Así, la conversión del contrato nulo debería aproximarse -no necesariamente asimilarse- a otras figuras jurídicas que responden al mismo principio: la llamada interpretación conservativa del contrato (art. 1.284 C.C. y art. 1.367 C.c. it.), la nulidad parcial (art. 1.419 C.c. it.), la convalidación del negocio inválido (arts. 1.309 y ss. C.C. y arts. 1.444, 590 y 799 C.c. it.), la inserción automática de cláusulas (art. 1.339 C.c. it.), el mantenimiento en vida del contrato plurilateral aquejado de nulidad en relación a alguno de los sujetos, cuando su participación no sea esencial (art.

²⁶⁰ LARENZ, *op. cit.*, p. 645; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811. NUZZO, *op. cit.*, p. 1.898; en su comentario a la sentencia de la Casación de 11.10.1980, n. 5.451, advierte el autor: "El proceso de calificación del acto de autonomía privada [comporta] en numerosas hipótesis una reducción o modificación del sistema de intereses previsto por las partes (...). En el sistema del art. 1.424 C.c., tal intervención, dirigida a sostener el acto de autonomía privada y no a contradecirlo, no encuentra más límite que el de la congruencia entre los efectos jurídicos del otro negocio y el fin práctico perseguido por las partes, tal como resulta objetivamente de la operación económica prevista por ellas (...), conformidad que ha de buscarse, en la realidad empírica, en el plano de los fines y no en el de la estructura del acto". Vid. también CARRESI, *op. cit.*, pp. 593 y 596; TOMMASINI, *op. cit.*, p. 895; LACRUZ, *op. cit.*, I, 3º, p. 291; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "De la nulidad de los contratos", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVII, 2º, Madrid, 1981, p. 327.

²⁶¹ ALBALADEJO, "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico", en *Rev. de Dcho, Privado*, 1958, p. 609, se plantea expresamente el problema de si es o no admisible convertir un negocio en otro de efectos mayores; y se pronuncia en favor de una solución afirmativa: "Ante una débil diferencia en más -efecto mayor, pero no sensiblemente superior- del segundo negocio, no parece que haya de excluirse necesariamente la posibilidad de conversión. Depende del juego de intereses, depende del carácter gratuito u oneroso del negocio y depende, en suma, de que se pueda entender que para las partes hubiesen sido preferibles los efectos más fuertes del segundo negocio, que la ausencia de efectos que traerá la nulidad del primero, para juzgar de lo cual no hay que olvidar si el negocio es repetible, pues en este caso está el remedio al alcance de las partes, sin necesidad de conversión y sin que exista en pro de ésta, como en el caso de la conversión de mayor a menor, la justificación de que lo más comprende lo menos". En la doctrina italiana, excluyen la posibilidad de que la conversión implique un ensanchamiento de los efectos del negocio respecto a la previsión de las partes, DE NOVA, *op. cit.*, p. 2, y FERRI, "Volontà del privato...", *cit.*, p. 283, n. 16. En tal caso, según el último autor mencionado, la intervención del ordenamiento iría más allá de la actividad puramente limitativa que el mismo puede desarrollar frente a un acto de autonomía privada sin degradarlo al nivel de simple acto o hecho jurídico; y, en consecuencia, nos encontraríamos fuera del ámbito propio de la conversión.

²⁶² BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811, y *Teoria generale...*, *cit.*, p. 508; SARACINI, *op. cit.*, p. 300.

²⁶³ DISTASO, *I contratti...*, *cit.*, p. 1.141; FEDELE, *op. cit.*, p. 696; CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, p. 155.

1.420 C.c. it.), la posibilidad de evitar la ineficacia del contrato mediante su rectificación en sede de error, de lesión, o de excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.432, 1.450 y 1.467 C.c. it.), y las diferentes hipótesis de conversión formal o legal ²⁶⁴. Sin embargo, los términos concretos en que aparece formulada tal aproximación no han sido siempre coincidentes; se ha hablado de conservación en relación al negocio mismo ²⁶⁵, al fin práctico perseguido ²⁶⁶, a la "voluntad de los efectos" ²⁶⁷, a la iniciativa económica de los sujetos ²⁶⁸, o, en un sentido general, a los "valores creados en el mundo del Derecho" ²⁶⁹.

Pero la referibilidad de la conversión sustancial del contrato nulo al principio de conservación ha sido objeto de discusión por parte de un sector doctrinal. Así, se ha subrayado el hecho de que, sólo si es entendido como principio de naturaleza esencialmente hermenéutica puede asumir el de conservación el valor de principio general del ordenamiento, es decir, aplicable a cualquier declaración, ya sea privada o estatal, negocial o procesal, o incluso normativa; y sólo entendido de este modo se pondría en evidencia su *ratio*, fundada "en la exigencia de presumir la seriedad de intenciones de quien emite una declaración de voluntad" ²⁷⁰. En cambio, sería absolutamente inidónea al objeto de "poner de manifiesto una regla de valor constructivo" una concepción amplia del mismo principio, susceptible de comprender, además de la dimensión relativa a la interpretación del negocio, la de su eficacia ²⁷¹. En concreto, y por lo que se refiere a la

²⁶⁴ Sobre el principio de conservación en general, vid. FUNAIOLI, G. B.: "Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico", en *Nuova riv. di dir. comm., dir. dell'economia e dir. sociale*, 1947, vol. I, pp. 215 y ss.

²⁶⁵ MARINA, *op. cit.*, p. 723; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, pp. 558-560; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 228; FERRI, "Volontà del privato...", *cit.*, p. 279.

²⁶⁶ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310; MESSINEO, *Il contratto...*, *cit.*, p. 385; AMORTH, G.: "Conversione novativa di contratto nullo", en *Giurisprudenza italiana*, 1974, I, 2, p. 270; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 530; AURICCHIO, *op. cit.*, p. 259.

²⁶⁷ ALBALADEJO, Notas al *Negocio Jurídico* de CARIOTA-FERRARA, *cit.*, p. 315, y *Derecho Civil*, I, 2º, *cit.*, p. 466.

²⁶⁸ En tal sentido parece orientarse GALGANO, *Diritto civile...*, *cit.*, II, 1º, pp. 316-317.

²⁶⁹ CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 281.

²⁷⁰ STELLA RICHTER, G.: "Il principio di conservazione del negozio giuridico", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, XXI, 1967, pp. 411 y ss., especialmente p. 413.

²⁷¹ GRASSETTI, C.: Voz "Conservazione (Principio di)", en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, pp. 173 y ss., especialmente p. 176. Según el autor, la exigencia de una seguridad objetiva de las relaciones constituidas, que estaría en la base de las hipótesis consideradas como reconducibles al principio de conservación -entre ellas la conversión-, "nada tiene que ver con la *ratio* que informa el principio de conservación como principio interpretativo". Vid. también DE BLASI, *op. cit.*, p. 447; con referencia al instituto de la nulidad parcial, pero en términos aplicables también a la conversión, ROPPO, *op. cit.*, p. 716, n. 93: "El principio de conservación del negocio (...) desarrolla en efecto su función principal limitadamente

conversión sustancial del contrato nulo, el recurso al principio de conservación sería, siempre según esta doctrina, incompatible con la "transformación" a la que queda sometido el contrato con el objeto de evitar su ineficacia absoluta; mientras que, por el contrario, se le podría considerar como fundamento de la conversión formal o impropia, en cuanto que en ésta se da un caso de "mantenimiento", y no de transformación del negocio ²⁷².

La discusión, en los términos en que aparece formulada, tiene un carácter marcadamente terminológico. Es obvio que la posibilidad de referir el fenómeno de la conversión a un principio general de conservación del negocio dependerá de la mayor o menor amplitud de la concepción que se admita de este principio. De todos modos, la consideración de las consecuencias prácticas que se trata de hacer derivar de las diferentes tesis apuntadas puede arrojar algo de luz a la hora de tomar posición al respecto.

Desde este punto de vista, en efecto, es posible constatar cómo el planteamiento inicial del problema en la doctrina italiana ²⁷³ se produce precisamente bajo la vigencia del Código de 1865, en ausencia de una norma positiva que previese con carácter general el instituto de la conversión. En este contexto, el examen del ámbito de aplicación y del alcance concreto del principio de conservación en el ordenamiento aparece como preliminar respecto a la cuestión sobre la admisibilidad en el sistema del instituto de la conversión, a falta de una específica previsión legal, y al margen de los casos individuales de conversión formal expresamente establecidos por la ley. Una concepción restrictiva del principio de conservación del art. 1.132 de aquel texto legal (orientado, en materia contractual, hacia el mantenimiento, y no a la transformación ni a la reducción del intento práctico por vía interpretativa, con objeto de "mantener en pie, a pesar de que la declaración podría ser entendida con un resultado opuesto, el significado útil, con preferencia a aquél que llevaría a considerar como no desarrollado, o no susceptible de desarrollo, el acto de autonomía privada" ²⁷⁴) permite, en efecto, y en una primera

al ámbito hermenéutico, y presupone la duda sobre el significado (en otras palabras, la ambigüedad) del texto del contrato o de las singulares cláusulas objeto de interpretación".

²⁷² En este sentido se pronuncia GRASSETTI, *L'interpretazione...*, cit., pp. 176-177. De acuerdo con él, aunque en un sentido divergente del manifestado en obras posteriores (vid. *supra*, n. 266), MESSINEO, *Doctrina general...*, cit., p. 275; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 2º, cit., pp. 466 y 468. Vid. una exposición de las líneas generales de la discusión en D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 82, n. 132, y p. 84, n. 133.

²⁷³ GRASSETTI, *L'interpretazione...*, *loc. ult. cit.* Advierte también este significado inicial de la discusión D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 295.

²⁷⁴ GRASSETTI, *op. ult. cit.*, p. 176.

aproximación, excluir la admisibilidad, con carácter general, de la conversión sustancial del contrato nulo, "cuando falte una disposición legal que la contemple, y la voluntad de las partes no aparezca dirigida a ello" ²⁷⁵; mientras que, por el contrario, la misma concepción permite extender el fenómeno de la conversión meramente formal más allá de los casos singulares previstos por el legislador.

Solucionada por vía legal la cuestión de la admisibilidad de la conversión en el ordenamiento italiano, el recurso al principio de conservación, al objeto de justificar su aplicabilidad en los sistemas que no la han acogido legislativamente, reaparece de todos modos alguna vez en la misma doctrina italiana ²⁷⁶. Sin embargo, con la formulación del art. 1.424 en 1942 los términos de la discusión cambian, y se centran en la consideración de los límites del principio de conservación, cuya sanción legal se produce también ahora en sede hermenéutica (art. 1.367) ²⁷⁷, preguntándose los autores sobre su vigencia también en sede de eficacia del acto.

A nuestro juicio, la cuestión debe plantearse en los siguientes términos: si se admite que el principio de conservación del negocio constituye, ante todo, una regla de carácter hermenéutico, ¿es posible establecer entre esta regla y el mecanismo de conversión una conexión directa? ¿Qué utilidad se puede derivar de tal conexión? Y, en definitiva, ¿qué significado tendría un principio de conservación formulado en términos susceptibles de abarcar ambas hipótesis? ²⁷⁸.

La llamada "interpretación conservativa" del negocio cumple una función específica cuyo valor concreto, como mecanismo de reconstrucción de la declaración negocial ambigua es evidente ²⁷⁹. Es claro, asimismo, el sentido más bien genérico y

²⁷⁵ *Op. cit.*, p. 177.

²⁷⁶ Así, en PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 257, n. 24: "A nuestro juicio, es más exacto considerar, con la doctrina prevalente (...) que la conversión no es sino un aspecto de un principio más general, como es el de la conservación de los efectos jurídicos. Ello permitiría contemplar la conversión de los negocios también en los ordenamientos jurídicos donde el instituto no está expresamente previsto". Permítasenos expresar nuestras dudas sobre la legitimidad del razonamiento del autor, que en definitiva formula la premisa en función de la conclusión buscada. La cuestión, como es lógico, se propone todavía hoy en la doctrina española, a falta de una norma equivalente al art. 1.424 del Código italiano; vid. a propósito del tema, *infra*, III, parágrafo 4, A).

²⁷⁷ Así, en STELLA RICHTER, *op. cit.*, *passim*, y en el mismo GRASSETTI, "Conservazione...", *cit.*, *passim*.

²⁷⁸ En estos términos plantea la cuestión D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 292 y ss., especialmente p. 296, resolviéndola en sentido afirmativo.

²⁷⁹ En este sentido, parece correcta la afirmación de GRASSETTI, "Conservazione...", *cit.*, p. 176: "[El principio hermenéutico de conservación] es un principio de Derecho material de valor constructivo, mientras

finalístico que asume el principio de conservación cuando, en materia de conversión, aparece referido al "fin práctico", a la "iniciativa negocial" o a los "valores creados en el mundo del Derecho"; en estas formulaciones, el principio en cuestión pierde todo valor como regla concreta, como instrumento interpretativo dirigido a la resolución de problemas igualmente concretos en cuanto a la correcta comprensión de la declaración negocial. Indudablemente, en la base del instituto de la conversión hay un interés del legislador dirigido al mantenimiento de toda iniciativa negocial, especialmente cuando, aun tratándose de una iniciativa merecedora de tutela, su desarrollo resulta impedido por razones de índole técnica ²⁸⁰; y tal interés no es más que una manifestación de las exigencias de una "segura, rápida y amplia circulación de la riqueza", objeto de especial consideración en el Código italiano de 1942 ²⁸¹. En cambio, no parecen ser éstas las consideraciones que de un modo inmediato están en la base de la norma que, en los diferentes Códigos latinos, impone la necesidad de atribuir a la declaración ambigua el significado más favorable a su eficacia ²⁸². El fundamento directo de la norma ha de buscarse más bien en la regla esencial según la cual se ha de investigar, en la interpretación del contrato, la común intención de los contratantes, más allá del sentido literal de las palabras (art. 1.281 C.c.; art. 1.362 del Código italiano). En coherencia con este principio fundamental, y para la hipótesis de ambigüedad en el texto del contrato, se presume que la intención de las partes se corresponderá con aquella interpretación que permita al mismo producir algún efecto, y no con aquélla que lo excluya. No se sale en ningún caso del sentido probable de la declaración negocial como tal. El salto cualitativo que supone el mecanismo de la conversión es evidente, en cuanto que en ella ni se parte, en principio, de una duda en la interpretación, ni es posible limitarse al ámbito de la declaración negocial en sí misma considerada.

Por ello, en definitiva, concebir el instituto de la conversión como una manifestación del principio de conservación del contrato puede ser admisible -y manifestamos nuestras reservas al respecto, especialmente desde el punto de vista de su

la fórmula más amplia no parece verosímilmente idónea ni siquiera para reconducir a la unidad la compleja fenomenología que se limita a describir".

²⁸⁰ SARACINI, *op. cit.*, p. 346.

²⁸¹ Vid. GALGANO, cita en nota 290 y también, en la misma obra, II, 1º, p. 451.

²⁸² Art. 1.157 del Code francés; art. 1.132 del Código italiano de 1865; art. 1.367 del Código italiano de 1942; y art. 1.284 del Código Civil español.

utilidad²⁸³-, si se da al mismo una dimensión meramente descriptiva, finalística y referida a la iniciativa negocial, más que el contrato como tal²⁸⁴; no, en cambio, si con tal fórmula se quiere hacer referencia al principio, de carácter esencialmente técnico-jurídico, que está en la base del art. 1.367²⁸⁵. En todo caso, y por lo que se refiere a los ordenamientos que no han acogido por vía legislativa el instituto de la conversión, no es evidente que se pueda

²⁸³ En sentido diferente se pronuncia D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 299-300.

²⁸⁴ Es ésta la concepción que de la conversión tienen en gran parte los Pandectistas; GANDOLFI, *La conversione...1*)..., cit., p. 40. Sobre los problemas que tal planteamiento del problema -ligado al "dogma de la voluntad"- determinó en el proceso de construcción del instituto, especialmente en cuanto al elemento volitivo, vid., en la misma obra, pp. 42 y ss.

²⁸⁵ Excluye la aplicabilidad del criterio de interpretación del art. 1.367 a la conversión CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 311-312. Sobre la inclusión de la norma del art. 1.424 en la categoría de las llamadas "normas conservativas", vid. SARACINI, *op. cit.*, p. 299: "Existen numerosas normas que se caracterizan, en sentido positivo, por el cumplimiento de la función de conservar el contrato y, en sentido negativo, por el hecho de las mismas no pueden considerarse ni inderogables ni derogables (ni, menos, aún, supletorias)". El autor critica la tesis de GRASSETTI según la cual el art. 1.367 opera en un campo distinto del de los arts. 1.419, 1.420, 1.424, etc.; es decir, en el campo de la "interpretación del acto" y no en el de su "eficacia", y afirma al respecto: "No se comprende cómo la primera puede dissociarse de la segunda, puesto que ésta constituye el fin de aquélla" (p. 299). El punto de vista esencialmente finalístico de SARACINI se percibe claramente cuando afirma: "Si es cierto que la aplicación de los arts. 1.367 a 1.371 presupone una declaración de significado dudoso, no es menos cierto que tal supuesto de hecho presenta un elemento en común con los que corresponden a las normas antes consideradas [entre ellas, el art. 1.424]. Es un supuesto de hecho que, a falta de los artículos citados, sería improductivo de efectos jurídicos; precisamente porque el significado de la declaración, no obstante la aplicación de las normas que regulan la interpretación subjetiva y se dirigen a reconstruir en concreto la voluntad negocial, permanece como dudoso, se debería negar la existencia de un acuerdo de voluntades" (p. 298). Sobre la conveniencia o, mejor, la necesidad de evitar una confusión entre los planos de la interpretación del contrato y de su eficacia, a la hora de determinar los principios y las reglas aplicables en cada caso, no parece necesario detenerse por mucho tiempo: es claro que la función de las normas interpretativas debe ser, básicamente, la de aclarar el sentido de la declaración negocial, conforme a la intención de los contratantes, al objeto de hacer posible la calificación del negocio y la atribución de los efectos correspondientes. La función de la interpretación en cuanto tal es meramente declarativa (DE CASTRO, *op. cit.*, p. 78). El hecho de que, frente a una duda sobre dos o más maneras distintas de interpretar la declaración, el intérprete esté obligado a considerar la eficacia o ineficacia a la que cada una de ellas debería conducir, y a elegir aquélla que permita su eficacia, es una consecuencia normal de la función propia de la interpretación, en cuanto dirigida a verificar la verdadera intención de los contratantes. Obsérvese que la hipótesis prevista por el art. 1.367 no es la de la declaración negocial oscura, ya que en tal caso sería de aplicación el art. 1.371 (cerca de nuestro art. 1.289); se trata de una declaración "ambigua", es decir, una declaración que admite diferentes interpretaciones, por así decirlo, "claras" o "unívocas", de tal manera que al menos una de ellas permite al contrato producir algún efecto. Es lógico, entonces, que se prefiera esta última interpretación, ya que también es lógico presumir que la intención de las partes se corresponde con ella (vid. GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 116, n. 107). En consecuencia, no podemos compartir la tesis de SARACINI, según la cual, a falta de tales normas, el supuesto de hecho puesto en práctica no podría producir ningún efecto, ya que no sería posible descubrir un acuerdo de voluntades. A nuestro juicio, se podría llegar a la misma solución del art. 1.367 sobre la base del art. 1.362 (= art. 1.281 C.C. español), es decir, por medio de una indagación dirigida a verificar la verdadera intención de las partes, bastando a tal efecto la formulación por el intérprete de una presunción que, por lo demás, tendría sin duda el carácter de "grave, precisa y concordante" (art. 2.729 del Código italiano, cfr. la exigencia de un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" que se recoge en nuestro art. 1.253). Situación totalmente distinta de aquélla a la que trata de dar respuesta el legislador con el art. 1.424, que responde a una *ratio* y a un mecanismo absolutamente distintos y que, acaso, no es actuable a falta de una expresa autorización legal.

argumentar la vigencia en los mismos del principio hermenéutico de conservación al objeto de justificar la admisibilidad del instituto.

Con objeto de evitar las dificultades y confusiones a que puede conducir la utilización de la expresión "principio de conservación del negocio", se podría recurrir, como ha hecho algún autor, al llamado "principio de economía jurídica". Término que expresa el sentido genérico y más bien descriptivo ya señalado, permitiendo agrupar los diferentes mecanismos jurídicos que tienden a hacer posible el mantenimiento de la iniciativa negocial, aunque sea a través de la utilización de métodos absolutamente distintos, según las dificultades que en cada caso se presenten ²⁸⁶.

9. Los principios de buena fe y de responsabilidad, y la tutela de la confianza.

Se suele reconocer al principio de buena fe contractual un papel particularmente relevante en materia de conversión del contrato nulo, en correlación directa con los de responsabilidad y confianza ²⁸⁷. La llamada a la buena fe se encuentra, de hecho, en el mismo texto que la Relación ministerial al Código Civil italiano de 1942 dedica a la conversión ²⁸⁸, y es también frecuente en la doctrina que estudia este fenómeno ²⁸⁹. Tal criterio parece difícilmente cuestionable, teniendo en cuenta la función primordial que cumple y la amplitud de los términos con que se concibe el principio de buena fe en sistemas jurídicos actuales, como el italiano o el español.

En efecto, el principio de buena fe, incorporado en numerosas cláusulas generales a lo largo de los Códigos Civiles (en el caso italiano, en sede de formación, interpretación, y

²⁸⁶ En este sentido, PUGLIATTI, S.: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, trad. española de la 2ª ed., México, 1943, p. 315. Hablan del principio de economía jurídica en sede de conversión también CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 281; y GIUFFRÉ', *op. cit.*, p. 5, n. 3. Vid. también, sobre la relevancia del principio de economía jurídica, ORTEGA PARDO, G.J.: Recensión al libro *A conversão dos negócios jurídicos ineficaces*, de CORREIA, E., en *Anuario de Derecho Civil*, III, 1950, p. 437.

²⁸⁷ GANDOLFI, *La conversione...2*..., cit., p. 400.

²⁸⁸ Rel. min., n. 650: "(...) A través de un negocio jurídico, las partes demuestran su voluntad de alcanzar un fin determinado; el negocio elegido por ellas no tiene, de cara a este fin, más que una función instrumental. De manera que es conforme a la buena fe que cada parte permanezca vinculada a los efectos que se proponía derivar del contrato nulo y que habría tratado igualmente de realizar con otro contrato si se hubiese representado la ineficacia jurídica del contrato celebrado".

²⁸⁹ Así, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 530; MOSCO, *op. cit.*, p. 106; BETTI, "Conversione...", cit., p. 811, y *Teoria generale...*, cit., p. 508; MARINA, *op. cit.*, p. 723; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.141; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 282; BARBERO, *op. cit.*, p. 333; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2. En relación al § 140 B.G.B., SALEILLES, *op. cit.*, p. 320. En España, VALLET, *op. cit.*, p. 1.313; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490; LACRUZ, *op. cit.*, I, 3º, p. 291; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 83-84.

ejecución del contrato), constituye el principal instrumento de carácter genérico puesto por el ordenamiento a disposición del Juez, con el fin de que éste pueda realizar un control efectivo de la función económica del contrato. El valor central tradicionalmente atribuido al consentimiento en el ámbito del fenómeno contractual, desde un punto de vista tanto estructural como funcional, tiende así a desplazarse hacia una valoración más flexible del elemento causal, de la congruencia y de la objetiva justificación económica del intercambio ²⁹⁰. Tal fenómeno, que responde a las exigencias de base de un sistema orientado a favorecer una circulación de la riqueza lo más amplia, rápida y segura posible, encuentra su necesario complemento en el desarrollo de los principios de responsabilidad y de tutela de la confianza, con la consiguiente valorización del llamado "horizonte del destinatario" de la declaración ²⁹¹.

Ahora bien, si indudablemente estos principios fundamentales están en la base del instituto de la conversión, como de tantas otras figuras previstas por el ordenamiento, y deben sin duda inspirar sus concretas aplicaciones, no obstante consideramos oportuno un examen más detenido de la cuestión. Cabe preguntarse en qué sentido y con qué alcance el principio de buena fe permite explicar el mecanismo de conversión, en qué punto concreto del mecanismo de aplicación del mismo se puede considerar operante; en definitiva, si la admisión por vía legislativa del instituto de la conversión sustancial del contrato nulo es o no una consecuencia inmediata y necesaria de la vigencia del principio de buena fe, o bien se trata de una aplicación contingente del mismo.

²⁹⁰ El fenómeno es especialmente llamativo en Italia. Vid., al respecto, las páginas dedicadas por GALGANO al tema de la objetivación del intercambio como fenómeno de tendencia en el actual sistema negocial italiano; *Diritto civile...*, II, 1º, pp. 451 a 455.

²⁹¹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 210, 219 y 399, poniendo de manifiesto la evolución del sistema italiano hacia el modelo del B.G.B.; sobre los principios fundamentales de éste último, en relación a las cuestiones ahora objeto de examen, vid., del mismo autor, *La conversione...I*..., cit., pp. 167 y ss. Vid. también las consideraciones que sobre la relevancia del principio de buena fe en el sistema alemán realiza LARENZ, *op. cit.*, pp. 58 a 61, con especial referencia al objetivo de dar mayor seguridad y movilidad al intercambio de bienes y servicios. Puede ser interesante recordar que, en la Relación ministerial antes citada (§ 17), se dice que, mientras el dogma de la voluntad ponía como regla el principio de que nadie puede quedar vinculado sino en el sentido y en la medida en que lo haya querido, en el nuevo ordenamiento jurídico italiano, sin desconocerse el valor del elemento volitivo de los contratos, se da, como regla, y en caso de conflicto, la prevalencia a la certeza de la confianza y a la exigencia de estabilidad de las relaciones jurídicas, cuando la confianza se funde en la buena fe consciente del destinatario del acto de voluntad. Sobre la vigencia de estos principios en un sistema de impronta francesa, como es el español, vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 64. Vid. asimismo el examen comparado que de los diferentes sistemas jurídicos hace DE NOVA en su obra *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, especialmente pp. 46 y ss., adoptando precisamente el valor y sentido del principio de buena fe en cada uno de ellos como punto de referencia; destaca particularmente la relativamente escasa relevancia que se ha reconocido a dicho principio en el sistema francés, p. 47.

El examen de la doctrina que ha estudiado el tema pone de manifiesto, por una parte, la práctica unanimidad a la hora de apelar al principio de buena fe como fundamento de la conversión; por otra, una cierta perplejidad o, al menos, indeterminación, cuando se trata de identificar la función concreta que el principio viene a cumplir en la actuación del mecanismo.

A) La buena fe en la fase de formación del contrato.

Según una opinión, la conversión encontraría su fundamento en la vigencia que el principio de buena fe asume en la fase de formación del contrato, teniendo en cuenta que "la conversión parece sustituir el normal *iter* de formación del negocio jurídico". En coherencia con esta directiva de base, la actuabilidad de la conversión no se podría hacer depender solamente de su posibilidad en abstracto, siendo necesario controlar también su conveniencia e idoneidad para no sorprender la legítima confianza de los sujetos ²⁹². Aún más: sobre estas bases, la conversión debería aproximarse a las normas que establecen a cargo de la parte culpable una responsabilidad por el daño que la contraparte padece "por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato" (arts. 1.338 y 1.398 del Código italiano); si bien tal responsabilidad precontractual se resolvería en la obligación de resarcir el interés contractual negativo, mientras que la conversión permite satisfacer por completo el interés positivo referido al cumplimiento del contrato en forma específica. "Pero una y otra -se añade- proporcionan remedios a la invalidez del negocio" ²⁹³.

Las diversas implicaciones de esta concepción no resultan convincentes. La conversión no incide sobre la fase de formación del contrato, agotada en el momento en que aquél es tomado en consideración, sino sobre su valoración. En consecuencia, la relevancia del principio de buena fe, a efectos de la conversión, no debe buscarse en esta fase. La obvia exigencia de valorar, además de la posibilidad, la oportunidad de la conversión, no deriva tanto de la necesaria tutela de la confianza, como de la misma *ratio* del instituto, y está implícita en los presupuestos (fin práctico, voluntad hipotética) del

²⁹² BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, pp. 530-531; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811; DISTASO, *I contratti...*, *cit.*, p. 1.141.

²⁹³ BETTI, *Teoria generale...*, *cit.*, pp. 512-513. Una formulación extrema de esta línea de pensamiento, referida sin embargo al ordenamiento alemán, es la de SALEILLES, *op. cit.*, p. 321, que concibe la conversión como un efecto indirecto de la nulidad contractual, fundado en la responsabilidad por el hecho material puesto en práctica.

mismo. En otras palabras: no es concebible una conversión posible, pero inoportuna. Tampoco es evidente la pretendida proximidad entre conversión y responsabilidad precontractual: la conversión opera en el ámbito de la configuración de un determinado contenido obligatorio *ex contractu*, y no en el de la responsabilidad por el incumplimiento de obligación alguna, ni siquiera de las que derivan de la incidencia del principio de buena fe en sede precontractual (art. 1.337 del Código italiano); por ello, la conversión no determina el surgimiento de ninguna obligación de resarcimiento del interés contractual positivo, sino de aquellas obligaciones que derivan del supuesto de hecho contractual, una vez sometido al tratamiento en cuestión. Y, si ciertamente se puede afirmar que la conversión constituye un remedio a la invalidez del contrato, no consideramos en cambio que lo mismo se pueda afirmar de la responsabilidad precontractual, que encuentra su origen en el incumplimiento de las obligaciones que derivan de las reglas de buena fe y corrección en sede de formación del contrato.

B) La ignorancia de la invalidez como presupuesto de la conversión.

Precisamente en el orden de consideraciones que estamos exponiendo, procede hacer referencia a otra interpretación sobre la incidencia del principio de buena fe sobre la conversión. Según algunos autores²⁹⁴, requisito de la conversión sería la buena fe de los sujetos, entendida como ignorancia de la invalidez del primer negocio. En general, se reconoce (con base en el texto del § 140 B.G.B. -"bei Kenntnis der Nichtigkeit"- y del art. 1.424 del *Codice* -"se avessero conosciuto la nullità"-) que es presupuesto de la conversión la ignorancia de la causa de la nulidad por las partes²⁹⁵. Sin embargo, parece que el

²⁹⁴ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 377; DE NOVA, "Conversione...", *cit.*, p. 3.

²⁹⁵ CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590; MOSCO, *op. cit.*, p. 238, afirma que el caso en el que ambas partes estuviesen en conocimiento de la nulidad "es indudablemente raro, pero puede verificarse especialmente en materia de negocios solemnes"; y manifiesta su opinión contraria a la admisibilidad de la conversión en tales casos. En Alemania, se muestra contrario a la posibilidad de conversión en este caso DILCHER, *op. cit.*, p. 495. SARACINI, *op. cit.*, p. 326, advierte que, si bien es perfectamente concebible que las partes estipulen un contrato nulo siendo conscientes de ello, "el legislador, 'por su parte', ni siquiera ha tomado en consideración tal hipótesis". SACCO, *Le invalidità*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por RESCIGNO, 10, Torino, 1982, p. 479, considera "demasiado apresurada" la opinión según la cual la conversión *ex art.* 1.424 no opera si las partes conocían la causa de la nulidad en el momento de contratar; pero no explica las razones que fundamentan tal juicio. La imposibilidad de conciliar la *ratio* de la norma y la exclusión inicial de la conversión en caso de que las partes sean conscientes de la nulidad es subrayada por WIEACKER, *op. cit.*, p. 1.321, quien afirma: "Cualquier falta de consciencia sobre el naufragio definitivo de un negocio ineficaz o que haya quedado incompleto (aunque sea confiándose en su espontánea ejecución o en su ulterior eficacia o en su sanación) debería ser equiparada a la 'falta de conocimiento de la nulidad', y consentir la conversión.

mecanismo es igualmente aplicable en los casos en que sólo uno de los sujetos conozca o deba conocer la causa de nulidad ²⁹⁶. En tal caso, el principio de buena fe tendrá relevancia en un doble sentido: ante todo, como fundamento de la responsabilidad precontractual del contratante culpable; el daño resarcible será el que se pueda seguir a la otra parte, en concepto de interés contractual negativo, como consecuencia de la inevitable diversidad entre el negocio puesto en práctica y el resultante de la conversión. En segundo lugar, como fundamento de la oposición, por parte del sujeto inocente, a toda pretensión del otro contratante susceptible de ser valorada como contraria a la prohibición del *venire contra factum proprium* ²⁹⁷, como, por ejemplo, su oposición a la conversión fundada en el propio conocimiento de la invalidez del contrato. En el caso de que el conocimiento sea común a las partes, la inaplicabilidad de la conversión no resulta tanto de la contrariedad a la buena fe de tal actitud, como de la más que probable falta de los presupuestos de la misma (existencia de un fin práctico lícito que pueda servir como punto de referencia, o, en sentido más radical, de voluntad contractual alguna ²⁹⁸). Téngase en cuenta que el principio de buena fe contractual se configura como modelo de comportamiento de los contratantes según lealtad y corrección del uno frente al otro ²⁹⁹. En el caso de que ambas estuviesen en conocimiento de la nulidad, el rechazo del ordenamiento se actuaría a través de otros mecanismos, singularmente la falta de causa, pero no entraría en juego, sino en un sentido muy genérico, el principio de buena fe.

C) La buena fe en sede de interpretación del negocio.

Recoge la misma idea, aunque con una actitud de prudencia al respecto, GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 421.

²⁹⁶ SARACINI, *op. cit.*, p. 325; CORREIA, *recensión citada*, p. 437.

²⁹⁷ Vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 471.

²⁹⁸ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, p. 319: "Querer un contrato, sabiéndolo nulo, equivale a no quererlo; falta la voluntad contractual presupuesta por la conversión". El dato del conocimiento de la nulidad común a ambas partes debería ser verificado, no siendo suficiente la duda al respecto, según DE NOVA, *op. loc. cit.* La cuestión, como hemos visto, será distinta cuando el dato se refiera a una sola de las partes, en orden a determinar la responsabilidad precontractual procedente, ya que en este caso será relevante también el deber de conocer la nulidad.

²⁹⁹ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 461. En realidad, el concepto de buena fe tomado en consideración por la tesis objeto de estudio no parece ser el de la buena fe contractual como modelo de comportamiento conforme a las reglas de corrección; pero tampoco parece que se trate de la buena fe subjetiva, entendida como ignorancia de perjudicar un derecho ajeno. Se trata más bien de una especie de buena fe subjetiva, entendida como estado de conciencia al que sea ajeno cualquier intento de obtener un resultado reprobado por el ordenamiento; concepto éste que se puede considerar implícito (en un sentido prevalentemente negativo) en la regulación de

En alguna ocasión se ha señalado la relevancia que en orden a la conversión del contrato puede tener la vigencia del principio de buena fe como criterio esencial de interpretación del contrato³⁰⁰. A nuestro juicio, la incidencia del principio de buena fe en materia de interpretación del contrato no puede adquirir una especial relevancia cuando se toma en consideración la posibilidad de aplicar la conversión. El criterio de interpretación conforme a la buena fe ha de aplicarse, obviamente, en presencia de cualquier supuesto de hecho contractual, y su objeto será precisamente la declaración negocial en cuanto tal. Ahora bien, el supuesto de hecho al que se refiere el art. 1.424 es el de un contrato calificado como nulo; y a tal calificación sólo se podrá llegar por medio de una aplicación de las normas generales de interpretación, entre ellas el criterio de buena fe. Por lo que éste habrá agotado su función cuando se considere la posibilidad de conversión. Es obvio que, en sede de conversión, la verificación del fin práctico perseguido por las partes (eventualmente, la reconstrucción de su voluntad hipotética), y el juicio sobre la idoneidad de otro esquema negocial para satisfacerlo en medida suficiente deberá basarse en una delicada y compleja labor de interpretación del supuesto de hecho; pero ya no se tratará de la interpretación "del contrato" como tal, siendo ésta solamente uno de los instrumentos a los que deberá recurrir el Juez³⁰¹.

D) La buena fe en sede de integración del reglamento negocial.

Otras concepciones subrayan la relevancia del principio de buena fe en el ámbito de la construcción e integración del reglamento contractual (art. 1.258 C.C., art. 1.374 C.c. it.), en coherencia con la norma que impone la ejecución del contrato conforme a la buena fe (art. 1.375 C.c. it.)³⁰². El principio de buena fe, en efecto, sería el fundamento objetivo de la vinculación obligatoria de los sujetos respecto al reglamento negocial derivado del

figuras tales como el fraude a la ley, el abuso de derecho, la simulación, o la causa, motivo o condición ilícitas.

³⁰⁰ GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.113; CECI, D.: "Sulla conversione del negozio giuridico", en *Nuovo diritto*, 1968, p. 161. El art. 1.366 del Código italiano recoge expresamente el principio de interpretación conforme a la buena fe. En España, la ausencia de una norma equivalente, no impide que se afirme la vigencia del mismo principio; vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 89.

³⁰¹ Vid. la opinión coincidente de D'ANTONIO sobre el valor del principio de corrección como criterio interpretativo a propósito del juicio de nulidad parcial; *op. cit.*, pp. 243-244. Sobre el significado que asume el criterio hermenéutico de buena fe en el marco del sistema contractual del Código italiano de 1942, vid. GANDOLFI, *La conversione...2)...*, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

³⁰² Sobre el valor de la buena fe en la formación del reglamento contractual, vid., por todos, GALGANO, *op. cit.*, p. 467.

contrato sometido a conversión; y ello, ya en virtud de la necesaria tutela de la confianza, ya sobre la base de un principio de responsabilidad por el acto realizado ³⁰³.

Esta tesis, sin embargo, no permite explicar el mecanismo operativo de la conversión, en la medida en que desplaza inadecuadamente el punto de mira del momento valorativo del supuesto de hecho al de la integración del reglamento contractual, que aparece como lógicamente posterior y dependiente del resultado de tal juicio valorativo. Por otra parte, el recurso a la buena fe con objeto de dar fundamento al carácter vinculante del nuevo reglamento, no permite explicar convenientemente todas las hipótesis en que el juicio sobre la actuabilidad de la conversión es positivo, a menos que se dé al principio una amplitud y un rigor desmesurados; lo que, por lo demás, tampoco es necesario, en la medida en que sea la misma norma la que proporcione los criterios objetivos que permitan fundar el juicio de convertibilidad en términos de idoneidad en cuanto a la satisfacción, en medida aceptable, del interés de las partes ³⁰⁴.

Según una formulación elaborada en el ámbito de la llamada "concepción objetiva de la conversión", la tutela de la buena fe, entendida en sentido "pasivo", sería el fundamento directo del instituto, en cuanto que éste estaría orientado a la protección de la legítima confianza de las partes del contrato. Cada parte contractual tiene derecho, según esta tesis, a confiar en el exacto cumplimiento de las obligaciones que derivan del negocio, y cuando los efectos no se puedan alcanzar íntegramente, tiene también derecho a confiar en aquellos efectos más limitados que el negocio viciado es capaz de producir ³⁰⁵. Este planteamiento ha sido calificado de genérico, e inadecuado cuando se trata de explicar la conversión "en el cuadro de las transformaciones jurídicas de los supuestos de hecho negociales" ³⁰⁶. Los efectos que derivan del contrato convertido no son más que

³⁰³ Un apoyo a la tesis objeto de examen parece deducirse del texto de la Relación ministerial al Código italiano de 1942. Sin embargo, se ha subrayado el hecho de que, en realidad, es el texto de la Relación el que refleja ciertos aspectos de la concepción objetiva de la conversión, contraria a la vigencia del dogma de la voluntad. Por lo que, en definitiva, el texto en cuestión sería una especie de fórmula de compromiso entre el papel atribuido a la voluntad (hipotética) de las partes y el intento de dotar al instituto de un fundamento no exclusivamente voluntarístico mediante el recurso al criterio general de buena fe; vid. D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 89.

³⁰⁴ Vid., al respecto, las consideraciones desarrolladas por D'ANTONIO respecto a las teorías que tratan de explicar el instituto de la nulidad parcial como el resultado de una actividad integradora fundada sobre el principio de corrección, *op. cit.*, pp. 240 y ss. En esencia, la autora subraya el hecho de que el criterio de integración fundado en la buena fe aparece como un *posterius* respecto al juicio de esencialidad o de compatibilidad en que se concreta el mecanismo de nulidad parcial.

³⁰⁵ MOSCO, *op. cit.*, p. 107; LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, p. 395.

³⁰⁶ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 894.

obligaciones contractuales, y es obvio que en todo contrato cada uno de los sujetos tiene derecho a confiar en el cumplimiento de las obligaciones que incumben a la otra parte; pero no tendría sentido afirmar que el ordenamiento establece un determinado contenido obligatorio a cargo de un sujeto, como consecuencia de la conclusión de un contrato, con objeto de "tutelar la confianza de la otra parte". La buena fe, entendida en este sentido, no permite por sí misma explicar la conexión que el ordenamiento establece entre un determinado supuesto de hecho contractual, inicialmente valorado como nulo, y los efectos obligatorios que derivan del mismo supuesto, valorado conforme a un esquema negocial distinto de aquél aplicable según las reglas generales de calificación. Más bien, y en sentido contrario, se podría argumentar que cada uno de los sujetos puede legítimamente confiar en el rechazo por parte del ordenamiento de los actos que la propia ley califica como nulos.

En el pensamiento de quien ha propuesto esta interpretación, por otra parte, se encuentra otra derivación que consideramos discutible, y sobre la cual volveremos: la norma que prevé la conversión del contrato nulo, fundada precisamente en el principio de buena fe en función integradora, tendría, según esta teoría, la naturaleza de norma dispositiva³⁰⁷. La conclusión que lógicamente cabría extraer no parece aceptable: teniendo la norma que prevé la conversión un carácter esencialmente dispositivo, habría que reconocer que las partes pueden excluir ciertos efectos que encuentran su fundamento en el principio de buena fe contractual³⁰⁸.

Según otra propuesta, formulada recientemente sobre la base de presupuestos que ya no son los de la tesis objetiva, el principio adquiriría relevancia desde un punto de vista activo, es decir, como fundamento de un concreto deber de corrección al que faltaría el contratante que manifestase su oposición al mantenimiento de los vínculos obligatorios tal como resultan de la conversión. Así, observando el fenómeno desde el punto de vista de su planteamiento procesal, se ha afirmado: "La parte, demandada para la ejecución del contrato, no puede, oponiendo su nulidad, liberarse del vínculo, cuando existen los presupuestos para que el contrato produzca efectos, aunque sean distintos de los del

³⁰⁷ MOSCO, *op. loc. ult. cit.*

³⁰⁸ Según BETTI, la actuabilidad del tratamiento de conversión está condicionada por dos factores esenciales: que el intento práctico de las partes 'comporte' una diferente valoración jurídica, y que un criterio objetivo como el de la buena fe 'exija' un tratamiento correspondiente (*Teoria generale...*, cit., p. 508). No se comprende, entonces, cómo puede calificarse como 'dispositiva' una norma cuya aplicación, concurriendo sus presupuestos, es una exigencia de la buena fe.

contrato celebrado. A la parte que pida la declaración de nulidad del contrato, la otra puede oponer la subsistencia de los requisitos para la conversión" ³⁰⁹.

No parece evidente que se pueda considerar como contrario a la buena fe, en principio, el comportamiento del sujeto que pide la declaración de nulidad de un contrato o se opone a su ejecución excepcionando su nulidad; sobre todo si se tiene en cuenta el hecho de que la sanción de nulidad aparece tradicionalmente como respuesta a la violación de un mandato o de una prohibición absoluta, en cuanto establecida para la tutela de un interés general ³¹⁰. Sin embargo, es necesario reconocer que, en las aplicaciones concretas del instituto esta concepción se revelará a menudo como exacta; en el sentido de que, concurriendo efectiva y claramente los presupuestos a los que el ordenamiento vincula la posibilidad de la conversión (especialmente la idoneidad de un esquema negocial distinto para satisfacer el fin práctico común de las partes), sería sin duda apreciable una actitud incongruente con el deber genérico de colaboración en el contratante que se resistiese a aceptar la vía alternativa propuesta por el ordenamiento para el mantenimiento de la iniciativa negocial, presumiblemente como consecuencia de un cambio de sus intereses en un momento posterior a la conclusión del contrato ³¹¹.

Sin embargo, en este punto es necesario tener en cuenta las dificultades que implica la valoración de criterios tan escurridizos como los del fin práctico perseguido o la voluntad hipotética. Al determinar la convertibilidad o no del contrato, el Juez debe valorar todos los particulares, incluso de naturaleza esencialmente subjetiva, que puedan contribuir a dibujar la concreta configuración del supuesto de hecho; pero es evidente que el límite a la actuabilidad de la conversión, es decir, el fin o interés práctico al que tendía el contrato respecto a cada uno de los contratantes, no puede ser entendido en términos absolutos. No es imposible que el límite entre el fin particular -los motivos- del contratante que se opone a la conversión (argumentando la no idoneidad de ésta para satisfacer en medida suficiente los intereses que lo han llevado a celebrar el contrato) y el grado de tolerancia que el mismo ha de observar respecto a la inevitable variación, aunque sea mínima, que el mecanismo introduce en el arreglo de intereses inicialmente configurado, se presente como impreciso. No parece entonces que se pueda valorar genéricamente como contraria a la

³⁰⁹ DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

³¹⁰ GALGANO, *Diritto civile...*, II, 1º, p. 264.

buena fe la oposición formulada por uno de los sujetos, ni siquiera en el caso de que la investigación dirigida a la verificación de los presupuestos de la conversión dé un resultado favorable³¹².

En consecuencia, no parece que la conversión encuentre necesariamente su fundamento directo e inmediato en el principio de buena fe en sede de integración de reglamento contractual. El modo concreto en que éste queda configurado conforme al esquema negocial subterráneo responderá, obviamente, a las normas generales de integración, y en este sentido será relevante el principio de ejecución según la buena fe. Pero el momento integrativo, entendido en este sentido, es lógicamente distinto y posterior a la incidencia de la conversión, cuya naturaleza es esencialmente valorativa.

E) El principio de buena fe y la autonomía privada.

En términos generales, no resulta evidente que la buena fe, entendida como principio de carácter técnico, operante en los diferentes ámbitos del sistema contractual como mecanismo puesto a disposición del Juez al objeto de ofrecer una solución a ciertos problemas concretos que se pueden dar en presencia de una hipótesis negocial, pueda ser considerada como fundamento de la conversión del contrato; ni ésta puede, a nuestro juicio, ser considerada como una aplicación concreta de tales instrumentos, cuya función en el sistema asume un alcance totalmente distinto. Para valorar correctamente la conexión entre el principio de buena fe y la conversión del contrato nulo es necesario, en consecuencia, remitirse a la significación que aquél asume en la configuración de un cierto modo de entender el principio de autonomía privada, ya desvinculado de los presupuestos lógicos del dogma de la voluntad y del concepto de *autonomie de la volonté*, tal como resulta del modelo francés. El mecanismo de la conversión, en efecto, sólo es concebible en un sistema en el que se permita al Juez, aunque sea de modo excepcional, valorar el supuesto de hecho negocial más allá de los límites de la declaración negocial en cuanto tal, tomando en consideración con toda su amplitud y complejidad la iniciativa económica en la que el acto se inserta. La buena fe, entendida como criterio general de flexibilidad en la valoración del fenómeno negocial (implícito en el mismo concepto de autonomía privada

³¹¹ En términos equivalentes, en relación a las hipótesis de nulidad parcial, D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 260-261.

³¹² GANDOLFI, *La conversione...2)*..., cit., p. 208.

que resulta del Código alemán y, por influencia de éste, del Código italiano de 1942), con objeto de hacer posible la necesaria adaptación de la iniciativa privada a las finalidades y a la lógica del ordenamiento, constituye así la "clave" que explica la "posibilidad" sistemática de la conversión ³¹³.

El principio de buena fe, por tanto, explica la coherencia del instituto de la conversión con el sistema contractual globalmente considerado. Pero no creemos que la virtualidad del principio, aun siendo amplia, pueda agotar la significación y la *ratio* de la conversión. La cual, por otra parte, no aparece como una implicación absoluta y necesaria del mismo; no es sólo la voluntad de tutelar la confianza la que justifica la previsión legislativa. También inciden en ello razones vinculadas a la seguridad y al favorecimiento del tráfico, así como la exigencia, sentida por el legislador, de dar una mayor flexibilidad a los mecanismos técnicos de control de la autonomía privada, especialmente si tales mecanismos resultan ser excesivamente rígidos (como sucede de modo señalado en el sistema del B.G.B.).

En consecuencia, no podemos compartir tesis como aquella según la cual la norma que prevé la conversión, siendo expresión del principio de buena fe, no tiene en absoluto un carácter excepcional, por lo que no estaría justificada su lectura restrictiva ³¹⁴. El que los términos con que aparece configurada la norma sean o no susceptibles de una interpretación extensiva (por ejemplo, al objeto de aplicarla a las hipótesis de anulabilidad), será una cuestión a resolver atendiendo a su *ratio*, pero no sobre la base de un razonamiento como el expuesto. Y tampoco será legítimo afirmar la admisibilidad del instituto en aquellos ordenamientos que no lo han recibido por vía legislativa fundándose en la vigencia en ellos de un principio general de buena fe ³¹⁵.

F) La conversión y la protección de los terceros de buena fe.

Un último aspecto sobre el que es necesario detenerse es el relativo a la tutela de los terceros de buena fe en sede de conversión. En el sistema del B.G.B., el principio de la confianza adquiere relevancia sólo en la perspectiva de las partes del negocio, y no en

³¹³ Vid., al respecto, GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 224, 385 y, especialmente, pp. 399-400.

³¹⁴ MOSCO, *op. cit.*, p. 366.

³¹⁵ Vid. al respecto la discusión en la doctrina española, *infra*, III, parágrafo 4, C).

cambio en cuanto a la protección de las expectativas y de los intereses de los terceros. El legislador italiano se muestra, por el contrario, sensible a estas exigencias en materia de anulación, de rescisión y de simulación; no, en cambio, en sede de conversión, donde la cuestión no ha sido objeto de una específica previsión legislativa ³¹⁶. Se ha afirmado, de todos modos, que la conversión no podrá oponerse a los terceros que, de buena fe, hayan adquirido un derecho incompatible con el contrato diferente que resulta de la conversión, considerándose que en tal caso debería aplicarse la disciplina prevista para los contratos no aparentes ³¹⁷.

La cuestión es problemática, dada la peculiaridad de la situación a la que da lugar la conversión del contrato. Sin embargo, desde un punto de vista sistemático parece lógico partir de los principios que disciplinan la cuestión en sede de nulidad. Desde este punto de vista, sería necesario reconocer que, si la apariencia de validez del contrato nulo no basta para excluir la eficacia de la sentencia que declara la nulidad respecto a los terceros de buena fe, igualmente los efectos derivados del contrato convertido deberían serles oponibles, a pesar de la "apariencia de nulidad" que el contrato haya podido producir o de la confianza generada en cuanto a los efectos derivados -también aparentemente- del supuesto de hecho inicialmente puesto en práctica. Obviamente, lo drástico de tal solución sería neutralizada por los efectos de la posesión de buena fe, la usucapión o la transcripción registral, al igual que sucede en sede de nulidad ³¹⁸. No parece, en cambio, que sea coherente apelar a los principios que operan en materia de simulación (donde la apariencia es generada conscientemente por las partes), ni en materia de anulación o rescisión (donde la protección de los terceros aparece como justo correlativo del poder de decisión sobre la reducción a la nada del contrato atribuido a una de las partes), ni, en fin, en materia de resolución (que opera sobre el aspecto funcional del contrato, no sobre el estructural). La *ratio* misma del instituto de la conversión parece justificar tal solución, teniendo en cuenta que el mismo opera en la órbita de la protección del interés de los contratantes, en

³¹⁶ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 385-386. Recuerda el autor que ha sido el legislador holandés el primero en plantearse el problema de la tutela de los terceros, cuando excluye la operatividad de la conversión en el caso de que el contrato convertido "determine consecuencias no razonablemente injustas respecto a un causahabiente que no haya sido parte del acto jurídico en cuestión". Según el autor, sólo la aplicación práctica de la norma, por obra de la jurisprudencia, permitir determinar la oportunidad de tal novedad; *vid. op. cit.*, p. 420, n. 17. Tampoco en Alemania parece haberse planteado la cuestión.

³¹⁷ CARRESI, *op. cit.*, p. 397. Una referencia a la cuestión, bajo la vigencia del anterior Código, en FERRI, "Conversione...", *cit.*, p. 211.

definitiva de la tutela de su autonomía contractual; por lo que la consideración de ésta debe ser prevalente respecto a las exigencias de la seguridad del tráfico. No se olvide, en todo caso, que en general el resultado al que conduce la conversión será, la mayoría de las veces -como consecuencia de la afinidad entre los efectos derivados, por hipótesis, del contrato nulo, y los que la conversión le permite producir-, coherente en sí mismo con las exigencias de la circulación de los bienes; incluso, en este sentido, se podría decir que la misma conversión cumple una función de tutela de los terceros de buena fe que han puesto su confianza en la regularidad del acto convertido ³¹⁹. Desde este punto de vista, sería incongruente con la *ratio* del instituto dar prevalencia a la protección del interés de los terceros que, eventualmente, puedan sufrir algún perjuicio como consecuencia de su aplicación.

10. La discusión sobre el elemento subjetivo.

Las consideraciones hasta ahora desarrolladas permiten sin duda dar la razón a aquellos autores que han observado en el instituto de la conversión uno de los puntos más delicados del equilibrio entre la voluntad privada y la voluntad de la ley ³²⁰. Y, en efecto, la cuestión del papel exacto que a este instituto corresponde en el marco de un sistema fundado sobre el principio de autonomía privada ha sido objeto de numerosas indagaciones por parte de la doctrina.

Se admite unánimemente la tesis según la cual la conversión aparece como un mecanismo de asistencia previsto por el ordenamiento con el objeto de mantener la iniciativa negocial puesta en práctica por las partes ³²¹. Coincide asimismo la doctrina al considerar que tal mecanismo no puede operar en contradicción con la voluntad de aquéllas ³²². Pero la discusión comienza cuando se trata de determinar si y de qué manera

³¹⁸ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, pp. 311 a 313; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos...* de LACRUZ y otros, cit., II, 2º, p. 379.

³¹⁹ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490, n. 73.

³²⁰ Vid., por todos, NUZZO, *op. cit.*, p. 1.897.

³²¹ CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 282; LARENZ, *op. cit.*, p. 642; LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, p. 396.

³²² CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.144; BIANCA, *op. cit.*, pp. 594-595; NUZZO, *op. cit.*, p. 1.897; RODOTA', *op. cit.*, pp. 55-56; LARENZ, *op. cit.*, p. 643; MEDICUS, *op. cit.*, p. 188; DILCHER, *op. cit.*, p. 495; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 873.

el reglamento al que quedan sometidas las partes como consecuencia de la conversión es referible a su voluntad.

De hecho, la historia del instituto de la conversión, tanto en Alemania como en Italia, ha sido en gran medida la historia de la discusión sobre el llamado "elemento subjetivo" de aquélla. Ya hemos estudiado el proceso que lleva a dar entrada en el § 140 B.G.B. al concepto de voluntad hipotética; hemos examinado asimismo los términos en que se plantea la cuestión en la doctrina italiana bajo la vigencia del Código de 1865. Nos disponemos ahora a examinar las líneas generales de la discusión en la dogmática posterior a la entrada en vigor del Código de 1942; discusión cuyo análisis resultará sumamente esclarecedor a la hora de comprender el significado de conceptos (como los de "voluntad hipotética" o "voluntad presunta") estrechamente relacionados con el desarrollo de la conversión y a los que frecuentemente se hace referencia en nuestra doctrina a propósito de éste y de otros temas.

La formulación acogida por el legislador italiano en el art. 1.424, al introducir conforme al modelo alemán la noción de voluntad hipotética, en lugar de resolver definitivamente la cuestión sobre la relevancia del elemento volitivo a los efectos de la actuación concreta del mecanismo de conversión, suscitó una discusión más abierta que nunca sobre el fundamento, esencia y modo de operar del instituto; discusión que todavía hoy no se puede considerar cerrada. En esencia, en los años siguientes a la promulgación del Código se manifiestan tres teorías al respecto ³²³:

A) La tesis de la "voluntad implícita", "eventual" o "presunta".

La fórmula según la cual la conversión solamente puede operar en el caso de que se pueda considerar que las partes "habrían querido" el esquema negocial subentrante ha de entenderse, según los partidarios de esta teoría ³²⁴, en el sentido de que debe ser posible verificar, sobre la base de una interpretación presuntiva de la declaración negocial, que la voluntad manifestada por las partes "contiene" implícitamente una voluntad subsidiaria

³²³ Con cierta frecuencia se habla al respecto de dos tendencias diferentes, una objetiva, y la otra subjetiva, aunque con matices en esta segunda. Sin embargo, se ha subrayado justamente la conveniencia de delimitar al menos dos planteamientos absolutamente distintos en su fundamentación y en sus consecuencias dentro de la que, en sentido amplio, se denomina "concepción subjetiva". Vid., al respecto, GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 279.

³²⁴ MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 386.

dirigida al negocio tal como resulta de la conversión. Esta tesis, fundada en concepciones que se remontan al dogma de la voluntad formulado por los Pandectistas, ha sido objeto de estudio y crítica a propósito de la relevancia que en sede de conversión se atribuye al principio *utile per inutile non vitiatur*. Nos remitimos a lo que ya se dijo entonces ³²⁵, y nos limitamos a recordar ahora que esta concepción asume una gran importancia en cuanto se trata de la tesis generalmente aceptada por la jurisprudencia de la Corte de Casación: la exigencia, por parte de ésta, de una "voluntad manifestada" de las partes favorable a la conversión, y de una "objetiva relación de continencia sustancial" entre el supuesto de hecho puesto en práctica y el resultado de la conversión, se resuelve, como sabemos, en una efectiva inaplicación práctica del instituto.

B) La llamada "concepción objetiva" de la conversión.

En los años posteriores a la entrada en vigor del nuevo Código se desarrolla en Italia la "teoría objetiva del negocio jurídico", que, partiendo de una crítica -por otra parte plenamente justificada- de los excesos a que había conducido la influencia del dogma de la voluntad, y a la vista del nuevo sistema negocial, termina por limitar extraordinariamente el papel del elemento subjetivo en el fenómeno negocial ³²⁶. Entre las consecuencias que derivan de tal planteamiento, no podía faltar una explicación del instituto de la conversión en términos marcadamente objetivos. El fenómeno por el cual a una hipótesis contractual nula se vinculan los efectos jurídicos correspondientes a un esquema negocial distinto del que resulta de las declaraciones de los sujetos, es el resultado de una valoración exclusiva del ordenamiento jurídico sobre la oportunidad de tal mecanismo en orden a satisfacer, en medida suficiente, los intereses subyacentes a la iniciativa negocial. Tal valoración es operada por el Juez con base en el criterio objetivo de la buena fe, y es absolutamente independiente de la consideración de la concreta voluntad de las partes. Adquiere

³²⁵ Vid. *infra*, II, parágrafo 7. Vid., además, la crítica dirigida a esta tesis por D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 273 y ss.

³²⁶ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 533, resume en estos términos el espíritu de la teoría objetiva del negocio jurídico: "Al negocio se le atribuye la esencia normativa de precepto de la autonomía privada, tendente a disponer para el futuro un reglamento intersubjetivo de intereses, al que el ordenamiento vincula determinados efectos, según la función económico-social que caracteriza su tipo (...). De manera que, mientras que la voluntad, como hecho psíquico interno, tras haberse determinado, se agota con la declaración -o con el comportamiento-, quedando absorbida en ella, el negocio, en su consistencia preceptiva, surge con la declaración -o con el comportamiento- pero, disociándose de las personas del o de sus autores, opera hacia el futuro, prescindiendo de su voluntad".

relevancia, por el contrario, la confrontación objetiva entre la función económico-social característica del negocio realizado y la del esquema negocial diferente al que se recurre. La formulación del art. 1.424, y concretamente la referencia a la voluntad que las partes "habrían tenido" si hubiesen estado en conocimiento de la nulidad, debe ser considerado como un infeliz vestigio del dogma de la voluntad, una "ficción" incoherente con el espíritu y el sistema global del Código, y en consecuencia destinada a ser objeto de una "desvalorización abrogante" por parte de los intérpretes³²⁷.

La concepción que examinamos ha sido objeto de diferentes críticas³²⁸, que ponen de relieve sobre todo la inadecuada comprensión del significado que asume la referencia a la voluntad hipotética en materia de conversión³²⁹, y la insuficiencia de una explicación del mecanismo en términos de comparación entre esquemas negociales abstractos. Respecto a la primera cuestión, la crítica que estos autores dirigen a la fórmula del art. 1.424 no tiene en cuenta la evolución que la misma significó en la configuración histórica del instituto en Alemania, como expediente orientado a la superación de la teoría de la voluntad y, en consecuencia, de la exigencia de una voluntad efectiva como requisito de la conversión. Si bien es discutible la oportunidad de la elección hecha por el legislador italiano en favor de una fórmula similar a la del § 140 B.G.B.³³⁰, una crítica fundada sobre la confusión entre el concepto de voluntad hipotética y el de voluntad presunta, como es la realizada por los partidarios de la concepción objetiva, no es admisible. Sobre todo, y ahora viene en consideración el segundo de los extremos a que habíamos hecho referencia, porque el rechazo del criterio de la voluntad hipotética se resuelve en una apelación al

³²⁷ El más insigne representante de esta tendencia es, sin duda, BETTI; vid. "Conversione..", cit., p. 811, y *Teoria generale...*, cit., pp. 506 a 509. La siguen, con matices diversos, MOSCO, *op. cit.*, pp. 236 a 238, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 535, SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 232, PAVONE LAROSA, a.: "Nullità e annullabilità del contratto", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, III, 1949, p. 446. Mantiene esta teoría en sede de nulidad parcial, ROPPO, *op. cit.*, pp. 700-701 y 707-708.

³²⁸ Vid. sobre todo, GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 280 a 283; CARRESI, *op. cit.*, p. 596; SACCO, R.: *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por VASSALLI, vol. VI, t. 2, Torino, 1975, p. 866 y n. 2; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 283 y n. 38.

³²⁹ Según BETTI, "sólo en las disposiciones *mortis causa* puede venir legítimamente en discusión una voluntad virtual" o hipotética; *Teoria generale...*, cit., p. 509, n. 9.

³³⁰ GANDOLFI, *op. cit.*, p. 307; "Quizá la sustitución del término alusivo a la voluntad habría evitado el error de quien ha creído ver en la norma una aplicación anacrónica del dogma de la voluntad". En el mismo sentido, FEDELE, *op. cit.*, p. 697, n. 1; el autor, sin embargo, critica la interpretación abrogante propuesta por BETTI, argumentando que, más allá de su plausibilidad en términos *de iure condendo*, "es indiscutible sin embargo que *de iure condito* el instituto de la conversión se basa en la consideración de la voluntad hipotética de las partes". Vid., además, RODOTA', *op. cit.*, pp. 55-56, quien subraya la necesidad de indagar el sentido que en la fórmula legislativa asume la referencia a la "voluntad hipotética, más allá de lo desafortunado de la expresión elegida.

expediente de la fungibilidad de los esquemas negociales en cuanto a la función económico-social típica que los mismos tienden a realizar. La conversión es posible, entonces, cuando en el supuesto de hecho puesto en práctica se den los requisitos de sustancia y forma de otro esquema negocial que pueda cumplir una función próxima en grado suficiente a la que las partes trataban de realizar ³³¹; la actuación concreta de la conversión se dará cuando, además de la posibilidad, se reconozca su oportunidad "en concreto", en virtud del criterio objetivo de la buena fe ³³². En definitiva, la teoría objetiva, al infravalorar la significación que en la fórmula del art. 1.424 asume la referencia a la voluntad hipotética (como manifestación de la necesaria consideración del caso concreto en toda su complejidad, más allá de toda tipificación y más allá incluso de los límites de la declaración negocial como tal), termina por hacer perder al instituto la flexibilidad consustancial al mismo. Los criterios abstractos y generales tomados en consideración serán, en general, insuficientes para una adecuada valoración por parte del intérprete de los presupuestos de la conversión; sólo en casos excepcionales, en presencia de actos dotados de una estructura particularmente simple y cuya función económica pueda ser claramente realizada por otro tipo negocial (por ejemplo, en el caso de los negocios cambiarios), el juicio de convertibilidad podrá fundarse en la mera comparación abstracta entre los esquemas negociales, sin consideración a los otros elementos del supuesto de hecho ³³³.

³³¹ El planteamiento a que nos referimos aparece en BETTI, "Conversione...", cit., p. 811. Pero la formulación más extrema es sin duda la de MOSCO, a quien se debe una larga, compleja y fatigosa "clasificación de los negocios a efectos de la conversión"; *op. cit.*, pp. 289 y ss. El intento de MOSCO ha sido objeto de crítica por parte de GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 283 y n. 135, quien pone de manifiesto la insuficiencia del criterio de la fungibilidad de los esquemas negociales a los efectos de la aplicación concreta de la conversión, y aporta un ejemplo al respecto: la conversión de la venta de un bien intransferible en arrendamiento o concesión perpetua en uso del mismo. Se trata de dos esquemas negociales en absoluto fungibles en abstracto; el juicio sobre la idoneidad del esquema negocial arrendatario para satisfacer en una medida aceptable los intereses subyacentes a la venta dependerá de la verificación, sobre la base de un examen de las circunstancias del caso concreto, del intento específico de los sujetos. La crítica de la exposición de MOSCO se encuentra también, por otra parte, en alguno de los autores que se han pronunciado en favor de la concepción objetiva de la conversión, como DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 146-147.

³³² BETTI, *op. loc. ult. cit.* El recurso a la buena fe como instrumento apto para superar la inidoneidad de los esquemas generales de valoración en la formulación del juicio de nulidad parcial aparece propuesto por ROPPO, *op. cit.*, pp. 704-705 y 712 a 714.

³³³ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 283 y 398-400; RODOTA', *op. cit.*, pp. 55-56. Vid. una manifestación jurisprudencial de esta concepción en la sentencia de la Casación de 10.8.1961, n. 1.951, en *Giustizia civile*, 1962, I, p. 342. El Tribunal niega que un cheque bancario inválido por falta de la fecha de emisión sea convertible en una letra en blanco, afirmándose que "el cheque y la letra, aun teniendo, en la forma, algunos puntos de analogía, son profundamente distintos en el contenido, y mientras el primero circula como medio de pago en sustitución de la moneda correspondiente a su importe y sobre el presupuesto de la existencia en manos del librado de una provisión equivalente, la segunda es sólo un instrumento de crédito del todo independiente de la causa que ha dado lugar a su emisión y de cualquier otro presupuesto". Como exactamente ha subrayado GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 273, "en el pensamiento de la Corte no adquiere

La insuficiencia de esta concepción se hace evidente cuando, en coherencia con el carácter preceptivo atribuido al mecanismo de conversión, se entiende que opera a través de un proceso de integración de la voluntad negocial, sobre la base de los criterios indicados por la ley; pero, conscientes de la incongruencia de admitir la posibilidad de una conversión que no responda a la finalidad concreta del acto realizado por las partes, se trata de resolver la dificultad atribuyendo a la norma sobre la conversión la naturaleza de norma dispositiva³³⁴. Así, la voluntad concreta de las partes asume una relevancia esencialmente negativa: no sirve para justificar la oportunidad de la conversión, siendo ésta una valoración objetiva que corresponde exclusivamente al ordenamiento jurídico. Sin embargo, la constatación de una voluntad común concreta y contraria al mecanismo tiene la virtualidad de excluir la aplicación de la norma, en cuanto que ésta tiene una naturaleza esencialmente dispositiva. Tal concepción es inaceptable. La función de las normas dispositivas es -ante todo, aunque no sólo- la de proporcionar una disciplina congruente que permita superar las inevitables lagunas del reglamento negocial. Ahora bien, como se ha puesto de manifiesto, no tiene sentido entender como laguna del reglamento negocial la falta de una previsión para el caso de que el contrato concluido resulte nulo; no es concebible -en principio- que las partes prevean tal circunstancia, a menos que sean conscientes de la concurrencia de una causa de nulidad, lo que precluiría por sí mismo -como regla- la aplicabilidad de la conversión. Pero incluso en el caso excepcional de que se diese una previsión de este tipo, la teoría objeto de examen atribuiría relevancia a una voluntad contraria a la conversión, es decir, una voluntad favorable a la nulidad del contrato. Que el intento concreto de las partes sea realizable sólo a través del esquema negocial elegido es una hipótesis perfectamente posible; y en este caso no se dará el supuesto de hecho al que el ordenamiento vincula el mecanismo de conversión. Pero interpretar una situación de este tipo como existencia de una voluntad específica contraria a la actuación de una conversión abstractamente posible -y, según la teoría en cuestión, exigida por la buena fe contractual- es insostenible. La norma que prevé la conversión no

relevancia el hecho de que, en relación al fin concreto perseguido, las dos soluciones negociales pueden ser, a nivel práctico, (o sea, en cuanto a los resultados que importan a las partes) fungibles la una respecto a la otra, prescindiendo de la analogía existente en el plano causal".

³³⁴ Así, MOSCO, *op. cit.*, p. 103; siguen esta teoría en España DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 56-57, y VALLET, *op. cit.*, p. 1.311. Una crítica de la misma en SARACINI, *op. cit.*, p. 349, n. 5, quien considera la norma del art. 1.424 ajena a la clasificación normas imperativas-normas dispositivas. No se encuentra este desarrollo de la teoría objetiva en BETTI, quien lleva la conversión al terreno de la corrección del supuesto de hecho negocial, actuado mediante la modificación de la calificación jurídica del negocio, aunque ésta se produzca sobre bases exclusivamente objetivas; "Conversione...", *cit.*, p. 811.

es, no puede ser una norma dispositiva, por cuanto en ella se expresa un criterio -aunque sea singular- de valoración del supuesto de hecho contractual; sería incongruente valorar como derogables por voluntad de las partes tales criterios. La conversión no opera en fase de integración, sino en la fase de valoración del supuesto de hecho; la conexión a éste de un reglamento negocial distinto del que *prima facie* aparece como coherente con la caracterización dada al contrato por las partes es una consecuencia de la conversión, pero no se identifica con éste ³³⁵.

C) La tesis de la "voluntad hipotética".

La tendencia que, en términos generales, podemos considerar como prevalente en la doctrina italiana es la que, partiendo de la misma literalidad del art. 1.424, reconoce la relevancia que en materia de conversión adquiere el recurso al concepto de "voluntad hipotética". Ahora bien, llegados a este punto, las opiniones sobre la significación exacta que ha de atribuirse al mismo no son siempre coincidentes, y por ello es necesario detenerse en la consideración de las mismas.

Un sector importante de los sostenedores de la teoría de la voluntad hipotética está representado por los partidarios de una concepción voluntarista del negocio jurídico; de hecho, algunos de estos autores han sido acusados de haber reconducido su pensamiento, un tiempo favorable a la teoría de la voluntad presunta, hacia una posición más congruente con el dictado legal, pero coincidente con la que ellos mismos habían criticado anteriormente ³³⁶. Excluida por el art. 1.424 la posibilidad de atender a la voluntad real como fundamento de la conversión, la necesidad, sentida de todos modos, de dar una base volitiva a la figura en cuestión encuentra un punto de referencia en la referencia a la voluntad, aun hipotética, de las partes. La posibilidad de "reconstruir" por vía interpretativa (o de interpretación integrativa) tal voluntad se configura así como elemento "subjetivo" de

³³⁵ Contra la reconducción del art. 1.424 al fenómeno integrativo, RODOTA', *op. cit.*, p. 55; FERRI, G.B.: *Causa e tipo...*, cit., p. 288. Las incertidumbres en el pensamiento de MOSCO son evidentes cuando reconoce la singularidad de la norma dispositiva que prevé la conversión: "Las otras normas dispositivas, como ya vimos, introducen en la disciplina del negocio algunos efectos que las partes no previeron, pero que en todo caso son efectos propios de aquel tipo de negocio (...). La norma del art. 1.424, en cambio, hace derivar del negocio nulo, por vía de conversión, efectos que en sustancia son propios de otro negocio, que sustituyen a los del negocio querido por las partes, porque realizan el mismo efecto práctico. Por tanto, se puede afirmar que, si la conversión, por un lado, es decir, en lo que se refiere a su eliminabilidad, realiza una función de integración de la voluntad privada por obra de la ley, por otro lado representa una hipótesis de sustitución de la voluntad privada".

la conversión (junto al elemento "objetivo", constituido por la concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos de sustancia y forma del negocio subentrante), y fundamento del negocio que resulta de ella ³³⁷.

Esta concepción refleja en cierto modo el origen histórico del mismo concepto de "voluntad hipotética", introducido por el B.G.B., como sabemos, con el fin de hacer aplicable en la práctica el instituto de la conversión sin renunciar a una vinculación con la voluntad de las partes; renuncia que en aquel momento habría significado una ruptura demasiado drástica con toda la elaboración anterior del instituto por obra de los pandectistas. Especialmente si se tiene en cuenta que, en la redacción del § 140, la conversión se concebía sobre la base de una duplicidad de negocios, uno nulo y otro subentrante ³³⁸; de tal manera que, en la lógica entonces imperante, el segundo negocio no podía estar fundado en la misma voluntad que había dado origen al supuesto de hecho nulo. La voluntad hipotética, producto de una proyección "virtual" de la voluntad efectiva de los sujetos, servía así al mismo tiempo como justificación de la legitimidad de la conversión y como base subjetiva del nuevo negocio así configurado.

La redacción dada al art. 1.424 aportó una clarificación de la cuestión, subrayando la idea según la cual era el mismo contrato nulo el que producía los efectos correspondientes a un esquema distinto ³³⁹. La precisión era oportuna tanto desde el punto de vista de la lógica como desde el punto de vista técnico ³⁴⁰, y venía a eliminar la cuestión de la necesaria búsqueda de una voluntad que sostuviese el reglamento negocial resultante de la conversión.

No obstante, el esquema conceptual fundado en la duplicidad de negocios todavía reaparece a menudo en la doctrina ³⁴¹. A él se conecta frecuentemente la tesis que ve en la

³³⁶ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 532.

³³⁷ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 310-311; SACCO, *op. cit.*, p. 866; FEDELE, *op. cit.* p. 696; CARRESI, *op. cit.*, p. 595.

³³⁸ "Si un negocio jurídico nulo responde a los requisitos de otro negocio, entonces vale éste último...".

³³⁹ "Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso...".

³⁴⁰ GANDOLFI, *La conversione...2)...*, cit., p. 299.

³⁴¹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310; CARRESI, *op. cit.*, p. 597; PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 252; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 377. Bajo la vigencia del Código de 1865, FERRI, "Conversione...", cit., p. 210. En un sentido similar se pronuncia MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 387: "Ha de destacarse, además, que, por economía de medios, la ley da por buena la originaria voluntad común (...). En sustancia, del nexo afirmativo que el intérprete consiga establecer entre la finalidad (causa) perseguida, que ha llevado a las partes a poner en práctica el contrato (que después resulta nulo), y la voluntad, manifestada mediante el

voluntad hipotética el fundamento de la conversión. Pero esta tesis no puede ser compartida. Si en otros aspectos la concepción objetiva de la conversión resulta insatisfactoria, como hemos visto antes, es indudable la oportunidad de la observación según la cual el concepto de voluntad hipotética es -la misma palabra lo dice- una ficción, producto de lo que PUGLIATTI ha definido como "cálculo de probabilidad retrospectivo"³⁴². Ahora bien, una ficción como ésta puede cumplir en el mecanismo diseñado por el legislador una función más o menos relevante, pero no tiene sentido concebirla como "sucedáneo" del acuerdo contractual requerido por el art. 1.325 del Código italiano (equivalente a nuestro art. 1.261)³⁴³. Admitido que se pueda atribuir a la relación resultante de la conversión una naturaleza negocial en sentido propio, su fundamento volitivo deberá buscarse en la voluntad efectivamente declarada por las partes, no en la voluntad que éstas "habrían tenido si hubieran conocido la nulidad"³⁴⁴; la propia

mismo, el ordenamiento extrae la conclusión de que debe considerarse querido 'también' el contrato 'distinto'. Por este medio, la norma en cuestión deja a salvo los efectos del contrato nulo, con tal de que pueda interpretarse la voluntad originaria como idónea para sostener también un contrato distinto, de manera que esa voluntad, aunque el contrato en que se había integrado queda afectado por la nulidad, no es vana: por el contrario, adquiere relevancia, informando por sí misma un contrato distinto". Obsérvese la dificultad de armonizar, por una parte, la tesis de la voluntad efectiva; por otra, la idea de la duplicidad de negocios; y, en fin, la búsqueda de una fundamentación voluntarista del fenómeno de la conversión. El autor parte de la existencia de dos negocios (aunque con la afirmación según la cual "la norma deja a salvo los efectos del contrato nulo" parece mantener la tesis contraria); pero el contrato "distinto", resultante de la conversión, debe ser sostenido por una voluntad negocial. Y la única voluntad efectiva disponible es la originaria, que dio lugar al contrato nulo, por lo que el legislador la "da por buena"; pero, al mismo tiempo, es preciso que se deba (por medio, parece, de una presunción *iuris et de iure*), desde el punto de vista del ordenamiento, considerar querido "también" el contrato distinto, lo que significa una voluntad distinta, aunque implícita en la originaria. En definitiva, el discurso resulta contradictorio: la teoría de la voluntad efectiva (a diferencia de la de la voluntad hipotética) no es conciliable con la duplicidad de negocios (aparte del caso del negocio eventual); pero la negación de tal duplicidad implicaría la negación de la misma viabilidad de la conversión. Si el mismo negocio nulo produce efectos distintos sobre la base de la misma voluntad que le ha dado origen, no se entiende cómo se le puede considerar nulo, ni siquiera *prima facie*.

³⁴² PUGLIATTI, voz "Conoscenza", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 80. Resulta en cambio injustificado hablar de la voluntad hipotética como "requisito psicológico", a cuya "verificación" (por vía interpretativa) aparece subordinada la conversión; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 284 y n. 38. Planteamiento que se resiente de la confusión entre los conceptos de voluntad hipotética y voluntad presunta, como ha subrayado GANDOLFI, "Il principio di conversione...", *cit.*, p. 209; *vid.*, también, sobre la diferencia entre los dos conceptos, BARBERO, *op. cit.*, p. 333. Una crítica a la concepción "psicológica" de la voluntad hipotética en SARACINI, *op. cit.*, pp. 25-26; con referencia al Derecho alemán, LARENZ, *op. cit.*, pp. 642-643.

³⁴³ D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 273 y 278, GANDOLFI, *La conversione...1*), *cit.*, p. 370, subrayan el carácter ficticio y metafórico de la expresión "voluntad hipotética", sin perjuicio del valor que a la misma quepa atribuir desde el punto de vista histórico y metodológico.

³⁴⁴ GALGANO, *Diritto civile...*, *cit.*, II, 1º, p. 318: "La conversión no sustituye un contrato nulo, efectivamente querido por las partes, por un contrato válido, querido por las partes sólo 'hipotéticamente'; aquélla modifica la causa del contrato originariamente querido por las partes. La voluntad que sostiene el contrato resultante de la conversión es la expresada por las partes en la conclusión del contrato convertido". En el mismo sentido, y con referencia al sistema alemán -a pesar de lo equívoco de la fórmula legislativa-, *vid.* GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 179. También D'ANTONIO rechaza la idea de que el recurso a la voluntad

conversión, como hemos señalado en diferentes ocasiones, cumplirá precisamente la función de vincular, por medio de un peculiar mecanismo de valoración, un determinado reglamento contractual al supuesto de hecho en el que se haya integrado la efectiva voluntad de las partes.

11. Conversión y autonomía privada. La *ratio* del instituto.

En los últimos decenios la discusión sobre el elemento subjetivo de la conversión, que se había revelado como escasamente provechosa, y más bien como fuente de errores en el ámbito jurisprudencial, hasta el punto de determinar la relativa inaplicación del instituto en la práctica jurídica italiana³⁴⁵, ha entrado en una fase de progresiva superación en la doctrina de aquel país. Las diversas teorías que hemos examinado anteriormente han sido objeto de críticas que han puesto de manifiesto sus extremos inaceptables. Es necesario, por tanto, determinar en qué medida los resultados aportados por cada una de ellas pueden ser aprovechados para la correcta comprensión del instituto.

La conversión sustancial cumple la función de permitir la conexión entre un determinado supuesto de hecho contractual, valorado como nulo conforme a las reglas generales del ordenamiento, y los efectos que derivan de un esquema contractual distinto del elegido. La *ratio* de la norma, como ya hemos señalado anteriormente, es la de favorecer el mantenimiento en vida de una iniciativa negocial, juzgada como merecedora de tutela, que no tiene la posibilidad de desplegar los efectos jurídicos a los que estaba directamente orientada por razones de índole técnica³⁴⁶. En este sentido, se puede afirmar que la conversión aparece como un expediente orientado a proporcionar una solución extrema a las disfunciones eventualmente provocadas por la aplicación de los diferentes mecanismos de control de la autonomía privada predispuestos por el ordenamiento. Concretamente, la conversión asume la función de evitar que una inadecuada configuración jurídica del arreglo de intereses económicos existente entre las partes pueda determinar las drásticas consecuencias que se vinculan a la sanción de nulidad, cuando

hipotética sea el único medio para demostrar la conformidad del instituto mismo con la naturaleza negocial del acto, *op. cit.*, p. 283.

³⁴⁵ GANDOLFI, "Il principio di conversione...", *cit.*, pp. 200-201.

³⁴⁶ SARACINI, *op. cit.*, p. 346.

éstas resultan injustificadas a la luz del interés general que tal sanción tiende a proteger³⁴⁷, y sobre la base de una valoración de justicia³⁴⁸. Con razón se ha dicho que la conversión responde "a la exigencia de conceder a la autonomía privada un margen todavía más amplio frente a las normas que disponen, bajo pena de nulidad, sobre los requisitos esenciales del acto"³⁴⁹.

La conversión opera, por tanto, en la perspectiva del ordenamiento, y no en la del contrato. La *ratio* de la norma, a pesar de su literalidad, no es tanto la de atribuir ciertos efectos al contrato juzgado definitivamente como nulo como la de evitar la nulidad del mismo³⁵⁰. Así, en el caso italiano, el art. 1.424 no sería sino un complemento de las normas que establecen las causas de nulidad del contrato (art. 1.418, especialmente), en coherencia con la *ratio* que informa el concepto mismo de nulidad. Si dichas normas definen precisamente qué contratos han de considerarse como nulos, el art. 1.424 permite determinar qué contratos, a pesar de estar incluidos en tal elenco, no podrán ser declarados nulos. No es decisivo, a nuestro juicio, el hecho de que el precepto comience con las palabras "el contrato nulo..."; esta fórmula puede ser interpretada como "el contrato que

³⁴⁷ Particularmente clarificadores al respecto son los siguientes apuntes de TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 876-877: "Precisamente respecto a la circulación de bienes y a los criterios de explotación de los mismos (...) la nueva posición asumida por la ley impone una nueva interpretación del instrumento de la nulidad, utilizado por el legislador, ya no para la prevalente tutela de los mismos contratantes, sino para la prevalente tutela de los intereses generales que se trata de preservar de las iniciativas individuales. La nulidad se ha convertido así en instrumento para limitar la libre disponibilidad de las partes, para garantizar relaciones sociales más equitativas y orientar la circulación y la explotación de los bienes según esquemas programados y perseguidos por el sistema; criterio de calificación (negativa) en el control sobre la *meritevolezza* de los intereses de las partes respecto a los valores que un ordenamiento históricamente definido intenta realizar, y en consecuencia garantizar. Ello explica por qué la producción de efectos de los actos nulos queda -a diferencia de las otras formas de invalidez- a la exclusiva disponibilidad del Derecho objetivo que, si por una parte y con carácter general niega tutela y eficacia a los supuestos de hecho irregulares y calificados como nulos, por otra parte puede considerar útiles aquellas transformaciones que impliquen un contraste no insanable con los valores formales y sustanciales del sistema".

³⁴⁸ En este sentido propone AMORTH, *op. cit.*, especialmente pp. 261 y 269-270, la conversión como remedio frente a la nulidad de un pacto por contradicción a normas imperativas con resultado desfavorable al interés del trabajador. En la misma órbita, afirma DE CASTRO, *op. cit.*, p. 489: "[La conversión] puede ser útil para mantener la flexibilidad del sistema, especialmente como remedio frente a las nuevas y ocasionales leyes, en las que indiscriminada e irreflexivamente se imponen requisitos secundarios, bajo sanción de nulidad".

³⁴⁹ BARCELLONA, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 157, donde añade: "En el art. 1.424 C.c. se sanciona explícitamente la prevalencia de la autonomía privada sobre la lógica del ordenamiento, tal como resulta expresada en la disciplina de los requisitos del negocio, cuya violación se sanciona con la nulidad". El autor entiende que la misma consideración es aplicable a la nulidad parcial. Sobre la utilidad del instrumento de la conversión "para adecuar y adaptar los rígidos esquemas propuestos por el ordenamiento jurídico a las nuevas necesidades que ofrece precisamente esa realidad en función de la cual solamente adquieren un significado", FERRI, "Volontà del privato...", *cit.*, p. 280, n. 13. En sentido parecido, vid. también DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490.

entre en el ámbito del art. 1.418...". En este sentido, será también legítimo (y así lo hacemos en diferentes ocasiones en este mismo trabajo) utilizar esta terminología para hacer referencia al supuesto de hecho contractual al que se aplica la conversión.

Es claro, de todos modos, que la coherencia del sistema exige que las normas que establecen los límites insuperables de la autonomía privada, como son precisamente aquéllas cuya violación comporta la nulidad del contrato, sean respetadas en todo caso. Un contrato que sea calificable como nulo, conforme a los criterios generales, no puede ser mantenido en vida en la misma configuración con que fue realizado por los sujetos. Será necesario que se le someta a un tratamiento especial, orientado a conservar, en medida suficiente, la finalidad económica perseguida por sus autores, pero alterando al mismo tiempo su configuración jurídica con objeto de hacerle superar la criba del ordenamiento; es decir, de tal manera que los requisitos de sustancia (capacidad y legitimación de los sujetos, objeto posible, lícito y determinado o determinable, determinación del destinatario de una disposición, etc.)³⁵¹ y forma del esquema negocial utilizado en la nueva configuración del contrato se puedan considerar cumplidos en el supuesto de hecho puesto en práctica³⁵². Respecto a la concurrencia de tales requisitos, convendrá hacer dos puntualizaciones: respecto a la forma, y a diferencia de lo que puede ocurrir en materia de simulación relativa³⁵³, bastará que el negocio original cumpla la forma exigida para el negocio sustitutivo, sin que sea necesario que la causa propia de éste conste en la forma requerida, ya que de otra manera se limitaría injustificadamente la posibilidad de recurrir a la conversión; respecto al objeto del negocio, los elementos presentes en el negocio inicial

³⁵⁰ BIANCA, *op. cit.*, p. 594.

³⁵¹ Así, MOSCO considera que no son convertibles las hipótesis en que el sujeto destinatario de una disposición esté absolutamente indeterminado, o sea considerado por la ley como indeterminable (p. ej., los arts. 628 y 631, 1º del Código italiano, vid. art. 750 C.C. español); *op. cit.*, pp. 364-365.

³⁵² GANDOLFI, *La conversione...2)*..., cit., p. 395. Obsérvese, sin embargo, que la concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos de sustancia y forma del esquema negocial subterráneo ya no se exige en el art. 3.2.8 del nuevo Código Civil holandés, considerándose "que no es del todo conforme a la *ratio* del tratamiento exigir la presencia de los requisitos del acto sustitutivo en el nulo, y que se debe pretender solamente que ambos tengan el mismo 'alcance', o sea 'función específica'; vid., en la obra citada, p. 419, n. 17. En España, considera ZORRILLA RUIZ que "el condicionamiento formal es desmedido"; notas al *Derecho Civil* de CARBONNIER, II, II, Barcelona, 1971, p. 375.

³⁵³ Vid. al respecto *infra*, II, parágrafo 18, B).

podrán ser "utilizados" para configurar el objeto del negocio sustitutivo, pero no será admisible que el Juez proceda a crearlos arbitrariamente ³⁵⁴.

Determinar cuál sea el fundamento del instituto de la conversión parece ahora más sencillo. El art. 1.322 del Código italiano, con referencia a los contratos atípicos en concreto, pero con una fórmula que adquiere un valor más general, condiciona la atribución de valor vinculante al hecho de que los contratos "estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico". Son precisamente los intereses económicos subyacentes a la operación contractual -instrumento éste puesto a disposición de los particulares para la protección de los primeros ³⁵⁵- los que se protege mediante la aplicación de la conversión, en cuanto se les juzga merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico; es decir, en cuanto se verifique la posibilidad de atribuirles una cierta configuración jurídica que permita superar la sanción de nulidad.

12. La modificación de la causa del contrato.

El juicio previsto por el art. 1.322,2 del Código italiano, sobre la *meritevolezza* del interés que el contrato tiende a satisfacer, se pone generalmente en la doctrina en conexión con aquel requisito general de los contratos que es la causa ³⁵⁶; pero no se identifica con él. La causa del contrato no es "el interés, considerado merecedor de la tutela del ordenamiento, que el contrato tiende a realizar", sino el instrumento o mecanismo del que se sirve el ordenamiento con objeto de emitir un juicio al respecto. La causa, en efecto, constituye ante todo el elemento que expresa el modo concreto en que se produce el encuentro entre el acto de autonomía privada y el ordenamiento ³⁵⁷; y la primera función que realiza es la de determinar cuál sea la caracterización del acto mismo. Además de las otras funciones que cumple en el sistema jurídico (como justificación de la atribución patrimonial, como nexo de dependencia entre los negocios), la causa permite distinguir entre lo que merece la consideración de negocio y lo que no la merece; entre los negocios

³⁵⁴ Así se reconoce en la doctrina y la jurisprudencia alemanas; vid. GANDOLFI, *La conversione...I*)..., cit., p. 255, y también *infra*, II, parágrafo 17, D), respecto al equilibrio económico del negocio resultante de la conversión.

³⁵⁵ Así se expresa la Relación ministerial, n. 650.

³⁵⁶ GALGANO, *Diritto civile...*, II, 1º, pp. 132 y 172.

lícitos y los ilícitos o inmorales; y, en fin, entre los diferentes propósitos dignos del amparo jurídico, lo que se refleja en la clasificación de los negocios, según su diversa eficacia ³⁵⁸. La causa es, por tanto, y ante todo, el criterio determinante a la hora de calificar el contrato, y condiciona en consecuencia tanto la interpretación ³⁵⁹ -aunque ésta sea, en general, presupuesto de la calificación -, como la integración del contrato ³⁶⁰. Pero la causa asume también una función decisiva en orden al juicio sobre la licitud del contrato, ya sea de modo directo (normas sobre licitud de la causa y motivos determinantes), o de modo indirecto (licitud del objeto); y además, sobre la determinación de los requisitos que concretamente deben darse en el supuesto de hecho puesto en práctica por las partes en orden a evitar la sanción de nulidad (en cuanto que la calificación -fundada sobre la causa del contrato- es presupuesto para la aplicación de las normas que imponen una determinada forma contractual, excluyen la posibilidad de sujetar a condición un determinado negocio, imponen una cierta duración mínima o máxima al contrato, o ciertas limitaciones en cuanto al objeto, etc.).

Ahora bien, la conversión presupone una hipótesis en la que un contrato, interpretado, calificado e integrado según las reglas generales, es decir, conforme a su causa, queda encuadrado en el supuesto de hecho de la norma que impone la sanción de nulidad. Sin embargo, el ordenamiento, en virtud de una específica previsión legal, admite, en vía excepcional (desde el punto de vista de las reglas generales del ordenamiento, no necesariamente desde el punto de vista de su frecuencia en la práctica), que, en presencia de ciertas condiciones, el contrato sea sometido a un tratamiento especial. Y este

³⁵⁷ Vid., al respecto, las esclarecedoras consideraciones realizadas por DE CASTRO a propósito de la función de la causa del contrato, según una concepción superadora de la discusión entre los sostenedores de las teorías objetivas y subjetivas de la causa; *op. cit.*, pp. 189 a 191.

³⁵⁸ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 166. Consciente de los múltiples problemas que para la correcta comprensión del concepto de causa del contrato han determinado, tanto el mismo término utilizado (cargado de significaciones metajurídicas), como las graves implicaciones que de las diferentes concepciones de la misma se siguen a nivel económico, social, e incluso político, el autor citado propone una terminología alternativa más adecuada para expresar la significación esencialmente técnica del concepto, y se pregunta si no sería preferible hablar de "caracterización de los negocios jurídicos" (p. 165) o de "naturaleza del negocio" (p. 203; éste último término tendría en su favor su utilización por el mismo legislador español en los arts. 1.258 y 1.286, ó en el art. 1.369 del Código italiano). En definitiva, sin embargo, se pronuncia en favor de la utilización de la terminología legal y tradicional (p. 165).

³⁵⁹ Vid. art. 1.369 del Código italiano y 1.286 del español.

³⁶⁰ Arts. 1.323 y 1.374 del C. c. italiano y art. 1.258 C. C. español

tratamiento no es sino una modificación de la causa del contrato ³⁶¹; es decir, una "relectura" del supuesto de hecho concretamente puesto en práctica que, alterando en cierta

³⁶¹ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, pp. 317-318. El concepto de causa que adquiere relevancia desde este punto de vista, y al que nos adherimos, es de la llamada "causa concreta" del contrato, que se corresponde con la función económico-individual del mismo. En este sentido, vid. D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 309 y ss., especialmente p. 314; BIANCA, *op. cit.*, p. 595; y GANDOLFI, *La conversione...2*..., cit., p. 278, quienes identifican, a nuestro juicio inadecuadamente, por las razones que se explican más adelante en el texto, el concepto de finalidad (*scopo*) al que hace referencia el art. 1.424 con la causa concreta. Sobre el concepto de "causa concreta", vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 228; sobre el de "función económico-individual", vid. FERRI, G. B., *Causa e tipo...*, cit., pp. 370 y ss.; sobre la significación del concepto de "intento negocial", como sinónimo de la causa concreta ("concepto primigenio de la causa"), vid. DISTASO, N.: "Simulazione relativa e conversione del negozio giuridico", en *Giustizia civile*, 1958, I, pp. 551 a 553. No tendría sentido, en cambio, remitirse en esta sede al concepto de causa tradicionalmente acogido por la doctrina italiana posterior al Código de 1942, es decir, como función económico-social del negocio que identifica su pertenencia a un cierto "tipo" y que explica el reconocimiento, o incluso la predisposición, por parte del ordenamiento, de un determinado esquema como idóneo para realizar intereses merecedores de tutela (D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 311). La insuficiencia de esta concepción de la causa se hace evidente en la distinción que, sobre la base de aquélla, se ven obligados a hacer los autores entre el "modelo en abstracto", y la concreta *realizzabilità* del modelo; vid. GALGANO, *op. ult. cit.*, pp. 170-171. Un examen crítico de esta teoría en DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 180 a 182. Hacen referencia asimismo a la relevancia de la causa en sede de conversión FINZI, *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, I, Bologna, 1920, p. 52; PUGLIATTI, S.: *Nuovi aspetti del problema della causa*, Messina, 1934, p. 24 (cita en MOSCO, *op. cit.*, p. 167, n. 2); MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 385; CORREIA, *recensión a la op. cit.*, p. 437.

Contra la conexión entre conversión y causa, GIORGIANNI, M.: Voz "Causa (dir. priv.)", en *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, p. 567; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.157, quien excluye que el problema de la conversión se pueda plantear en un plano causal, "a menos que se quiera adherir a la teoría que ve la causa en la función económico-individual del contrato". Partiendo de una posición netamente anticausalista, MOSCO, *op. cit.*, p. 225, quien identifica el punto crítico del instituto de la conversión en la consideración del objeto (p. 241), entendido por él como "el resultado final [común a las partes] al que conduce el cumplimiento de las diferentes obligaciones asumidas por las partes, y que es perseguido por ellas como meta de su relación" (p. 171). Pero esta tesis es incompatible con el concepto de objeto del contrato que se deduce de la ley y que es aceptado por la mayoría de la doctrina. Vid., al respecto, D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 310-311; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 192: "Para calibrar la causa de cada negocio, se deberá atender a su objeto y a su contenido. Mas esto no significa que los conceptos de objeto y de contenido se identifican con el de causa y lo hacen superfluo. Sus diferencias son evidentes. El objeto es la materia social sobre la que recaerá el vínculo creado, que por ello no se confunde con la causa. Esta se refiere también a algo distinto y que está fuera del contenido del negocio; se trata del porqué y para qué del negocio". Vid. también GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 190, para quien objeto y causa se encuentran entre sí en una relación de medio a fin: "Hablamos de causa cuando consideramos las cosas o prestaciones deducidas en el contrato en su relación de corresponsividad; hablamos de objeto cuando las tomamos en consideración en sí mismas, la una separadamente de la otra".

Finalmente, haremos una breve referencia en este momento a la cuestión planteada por D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 300 y ss., sobre la posibilidad de contemplar en la conversión del contrato una aplicación de las teorías de la presuposición y de la base del negocio, aunque desde un punto de vista diferente del que habitualmente asumen en la literatura. En efecto, en el ámbito de estas teorías, la investigación de la base objetiva que justifica la conclusión del contrato asume un alcance esencialmente negativo; es decir, el de determinar si una modificación sobrevinida de las circunstancias que incide sobre la base negocial tenida en cuenta por las partes -aunque no expresa- al celebrar el contrato, puede justificar su resolución. En el caso de la conversión, la autora citada se pregunta -sin pronunciarse definitivamente sobre la cuestión-, si cabe reconocer una función positiva a la base del negocio: en el sentido de que precisamente la permanencia de ésta, a pesar de la modificación de la regla negocial operada por medio de la conversión, puede justificar que se considere al negocio todavía como idóneo para operar, y en consecuencia permite rechazar la pretensión orientada a excluir su eficacia. Contra esta tesis se pueden apuntar diferentes argumentos: ante todo, la discutida autonomía de la figura de la presuposición, reconducible al ámbito de las alteraciones funcionales de la causa contractual (vid. GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 457; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 324-325); el distinto plano de operatividad: funcional en el caso de la presuposición, estructural en el caso de la conversión; la

medida la función jurídica a la que, en su concreta configuración por obra de las partes, el contrato se dirige, permita encontrar una vía alternativa para que aquél no sea valorado como nulo.

En la *ratio* de este especial mecanismo no cabe apreciar particulares razones de política legislativa, como las que en cambio permiten explicar otros institutos (sustitución o inserción automática de cláusulas, o las diferentes hipótesis reconducidas a la categoría de la "conversión legal"), al margen del interés genérico del legislador por favorecer las iniciativas negociales, al que nos hemos referido en otro lugar. La función propia de la conversión ha de ponerse en conexión directa con el principio de autonomía privada; se establece en función de éste y, al mismo tiempo, le confiere una nueva dimensión, al centrar el problema de los límites de la autonomía privada en torno al concepto de lo que, según la fórmula del art. 1.322 del Código italiano podemos denominar el "interés merecedor de la tutela del ordenamiento". Así, la valoración de ese "interés" subyacente a la concreta operación negocial puede llegar a imponer el mantenimiento de ésta, convenientemente transformada, frente a la lógica de un sistema en el que, inicialmente, la infracción de los límites de la autonomía privada lleva aparejada la sanción de nulidad. Este planteamiento de base nos permitirá resolver en gran parte las dudas que surgen en torno al instituto que estudiamos.

La conversión, o más bien el resultado a que conduce la aplicación de aquélla, aparece así indudablemente como una expresión de la autonomía privada de los sujetos ³⁶². La cuestión ha dado lugar a algunas dudas en el seno de la doctrina, llegándose en algún caso a formulaciones en que el contrato, valorado definitivamente como nulo, aparece configurado como simple base de hecho a la que el legislador vincula ciertos efectos,

diferente función: salvar la congruencia del intercambio contractual en la presuposición, mantener en la medida de lo posible la iniciativa negocial de los sujetos en la conversión; el diferente modo de operar: sobre la base de la causa originaria del contrato, en el primer caso, sobre la base de una modificación de la misma en el segundo; la diferente esencia: en la presuposición se valora una circunstancia sobrevenida respecto al supuesto de hecho, en la conversión cambia el modo de valorar el mismo supuesto de hecho. En definitiva, demasiadas objeciones para que se pueda compartir la tesis objeto de examen. En el mismo sentido se pronuncia GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.156.

³⁶² BARCELONA, *op. loc. cit.*; FERRI, G. B., "Volontà del privato...", *cit.*, p. 283, para quien "el resultado que sobrevive, al que el ordenamiento da valor, es el originario"; D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 283-284, que se funda en la circunstancia de que la conversión resulta ser el fruto de un juicio que tiene en cuenta la verificable voluntad declarada de los contratantes, para determinar si y de qué manera a ella se corresponden los efectos que se derivarían de un negocio distinto del realizado; NUZZO, *op. cit.*, p. 1.898.

según un esquema distinto del negocial en sentido propio ³⁶³. Esta tendencia, sin embargo, no ha sido acogida con éxito, y en general se reconoce la naturaleza propiamente negocial de la relación que resulta de la conversión. La cuestión aparece clara si se admite, como hemos hecho, que la conversión no atribuye efectos a un contrato nulo, sino que evita la nulidad del contrato por medio de una configuración distinta del mismo. En consecuencia, será aplicable al reglamento resultante de la conversión la disciplina legal prevista para los contratos, tanto desde el punto de vista estructural (normas sobre interpretación o sobre los vicios de la voluntad), como desde el punto de vista funcional (normas sobre la resolución del contrato) ³⁶⁴.

Aun siendo la conversión un mecanismo directamente ligado al principio de autonomía privada, no se puede negar su excepcionalidad. Como exactamente se ha subrayado ³⁶⁵, la conversión aparece como un remedio *in extremis* de situaciones anómalas, destinado a operar cuando todos los demás mecanismos de control previstos por el ordenamiento, tanto en relación al contrato (interpretación subjetiva y objetiva, rectificación del *nomen iuris* impropriamente atribuido al contrato por las partes, inserción o sustitución automática e imperativa de cláusulas, nulidad parcial, etc.), como en relación a las mismas normas legales (interpretación flexible de las normas que imponen la nulidad) ³⁶⁶, han conducido a un resultado de nulidad absoluta. Su aplicación impone al intérprete sobrepasar los límites de la declaración negocial e introducir una modificación de la causa del contrato, lo que implica necesariamente forzar el funcionamiento normal de la autonomía privada, aun siendo un instituto expresamente previsto por el legislador. En realidad, su singularidad es tan marcada que parece hacer necesaria la específica intervención legal como justificación de su legitimidad ³⁶⁷; en ausencia de esa intervención, sería discutible la posibilidad de tal manipulación de la autonomía privada por obra del Juez, incluso en un ordenamiento como el italiano, cuyo sistema contractual se funda en presupuestos y principios lógicamente compatibles con la admisión del

³⁶³ COVIELLO, *op. cit.*, p. 316; SALEILLES, *op. cit.*, p. 321. Del negocio inválido como "base de hecho en la que encuentra su origen un negocio válido" habla BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 530.

³⁶⁴ D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 288.

³⁶⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 490-491.

³⁶⁶ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 491, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; AMORTH, *op. cit.*, pp. 269-270.

³⁶⁷ Así, al parecer, MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 386, n. 39.

mecanismo. En todo caso, la concreta aplicación de la conversión constituirá, en general, una "tarea delicada y difícil, que requiere máxima prudencia"³⁶⁸.

13. Voluntad hipotética y finalidad práctica.

Siendo el contrato convertido -y la relación que deriva de él- una manifestación de autonomía privada, es claro que la intervención legal no puede operar en el supuesto de hecho una manipulación que se pueda considerar como contradictoria con tal principio. Ahora bien, teniendo en cuenta que la valoración realizada en vía directa por el ordenamiento, conforme a sus principios y reglas generales (dotadas de un valor estructural primordial), o sea, tomando como punto de referencia la causa concreta del contrato, ha conducido a una solución considerada como inadecuada, se hace necesario buscar un nuevo punto de referencia. En coherencia con la *ratio* del instituto, este punto de referencia deberá proporcionar al intérprete un margen de flexibilidad suficientemente amplio en orden a permitir que la nueva configuración -en definitiva, la nueva causa- atribuida al contrato no conduzca de nuevo a un resultado de nulidad; pero, al mismo tiempo, no se podrá buscar un punto de referencia tan alejado de la causa originaria del contrato que lleve a un resultado absolutamente incompatible con la autonomía privada que se trata de tutelar.

El legislador alemán, bajo la influencia todavía del dogma de la voluntad, trató de identificar el nuevo punto de referencia exigido por la singular naturaleza del mecanismo en el concepto de "voluntad hipotética". Como ya hemos explicado, de este modo se respetaba, aunque sólo fuese nominalmente, la necesidad entonces sentida de encontrar un fundamento volitivo tanto para la conversión misma como para el negocio derivado de él; un negocio que, conforme al esquema de la duplicidad de negocios procedente de la Pandectística (referido en ella a la duplicidad "negocio querido en vía directa-negocio querido en vía subsidiaria"), aparecía (incluso en la misma formulación del § 140 B.G.B.) como "distinto" del negocio nulo, y necesitado en consecuencia de una propia y distinta base volitiva. Esta voluntad hipotética, reconstruida sobre la base de una labor interpretativa que iba más allá de los límites de la declaración negocial como tal, para

³⁶⁸ DE CASTRO, *op. loc. cit.* En el mismo sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, "Sistema...", cit., vol. II, 5ª ed., Madrid, 1988, p. 119, ALBALADEJO, "Ineficacia e invalidez...", cit., p. 609, y DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p.327.

implicar la operación económica considerada en su globalidad, servía en consecuencia para sostener un nuevo negocio, con un tipo distinto y con efectos igualmente distintos ³⁶⁹.

El Código italiano, como se ha subrayado, determina una importante evolución en la formulación positiva del instituto: por una parte, se excluye el esquema de la duplicidad de negocios; por otra, se da entrada a un nuevo elemento, al que por lo demás había apelado insistentemente la doctrina alemana en la exégesis del § 140: la finalidad (*scopo*) perseguida por las partes. Sin embargo, la herencia pandectística hace sentir todavía su influencia. La finalidad, en sentido práctico-económico, que ha impulsado a las partes a concluir el contrato, cumple el papel de criterio de partida del que se debe servir el intérprete en sede de "reconstrucción" de la "voluntad hipotética" de las partes. Formalmente, el esquema de la operación no ha variado sustancialmente; el punto crítico del juicio de convertibilidad sigue siendo la posibilidad o no de reconstruir tal voluntad. La mención de la finalidad práctica adquiere un valor secundario; se trata, como ya había advertido la doctrina alemana ³⁷⁰, de un elemento que el intérprete debe tener en cuenta, aunque sea de un modo especialmente relevante, en la investigación sobre la voluntad hipotética ³⁷¹. Sustancialmente, en cambio, la variación asume un valor decisivo.

La llamada a la voluntad hipotética como fundamento del contrato convertido pierde su sentido cuando se excluye el esquema de la duplicidad de negocios; su exigencia como fundamento y justificación del tratamiento mismo es también innecesaria en un sistema contractual que se ha alejado definitivamente tanto del dogma de la voluntad como del concepto de autonomía de la voluntad de inspiración napoleónica. El mecanismo de conversión, en el nuevo sistema, es perfectamente compatible con el principio de autonomía privada sancionado por el nuevo Código italiano, no ya como manifestación del poder de la voluntad individual, sino como útil instrumento para la consecución de un determinado orden económico conforme a las directrices del ordenamiento. Ya no es

³⁶⁹ Recuérdese que en el sistema del B.G.B. se prescinde del concepto de causa del negocio, en cuanto que se entiende que la consideración de la misma es incompatible con las exigencias de seguridad en el tráfico que en el nuevo sistema adquieren una relevancia primordial; vid., al respecto, GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 277. Sin embargo, se ha cuestionado la efectividad de tal rechazo de la causa; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 175: "Esta cuidada asepsia frente a la causa ha sido más verbal que efectiva, y no sin razón se ha dicho que la doctrina alemana, como la suiza, después de expulsar la causa por la puerta la ha hecho entrar por la ventana. La causa, en el sentido que le ha dado la doctrina de los países latinos, ha sido recibida, pero con los disfraces de la *Voraussetzung* y *Geschäftsgrundlage*".

³⁷⁰ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 895, n. 154; en el sentido señalado, LARENZ, *op. cit.*, p. 642; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 873; DILCHER, *op. cit.*, p. 495.

incoherente vincular al acuerdo originario de las partes los efectos correspondientes a un esquema negocial distinto; y tampoco el expediente, por lo demás fundado en una ficción, de la voluntad hipotética, aparece ya como necesario para justificar tal vinculación. La referencia a la voluntad hipotética como requisito *sine qua non* de la conversión aparece, en este contexto, como incongruente e injustificada; lo que, por otra parte, ya pusieron de manifiesto los partidarios de la "concepción objetiva" de la conversión en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del *Codice*.

¿Cuál es, entonces, el nuevo "punto de referencia" al que se recurre para garantizar la correcta aplicación de la conversión, es decir, en armonía con su *ratio*, la tutela de la autonomía privada? La respuesta parece clara: la finalidad práctica de los sujetos. El legislador considera justificado mantener el contrato en vida, como manifestación *stricto sensu* negocial, aunque "transformada", con tal de que el resultado así alcanzable se encuentre en una relación de congruencia o compatibilidad -no de identidad- con el resultado al que habría conducido el esquema negocial elegido; en definitiva, cuando ese resultado realice en una medida aceptable la finalidad práctico-económica perseguida por los sujetos ³⁷².

La ley permite así al intérprete desplazar el punto de mira en la valoración del contrato ³⁷³. Ya no es decisiva la consideración de la causa concreta del contrato; puesto que ésta conduce a un resultado no justificado de nulidad, el Juez está autorizado para ensanchar el ámbito de su investigación más allá de la declaración negocial y más allá de la causa que la caracteriza, hasta el punto de implicar a la completa operación económica en la que el contrato se inserta. Será entonces función del Juez determinar si, a la vista de la concreta configuración del supuesto de hecho, y a la vista de la finalidad subyacente a aquél, es posible dar una configuración distinta al contrato, una causa distinta que entre en la órbita del concreto interés de las partes, y que responda a un esquema contractual cuyos

³⁷¹ BARBERO, *op. cit.*, p. 333.

³⁷² El que la posibilidad de la conversión no depende de la existencia de una relación de identidad, sino de compatibilidad o congruencia entre los resultados alcanzables a través del esquema elegido y el definitivo es punto firme en la doctrina sobre la conversión; vid. D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 267; vid. también NUZZO, *op. cit.*, p. 1898, y BIANCA, *op. cit.*, p. 594.

³⁷³ FINZI, *op. cit.*, pp. 51-52. Sobre la relevancia que la referencia a la finalidad práctica asume en la fórmula del art. 1.424, como punto de referencia necesario para evitar una manipulación del supuesto de hecho, por obra del Juez, que pueda ser contradictoria con el principio de autonomía privada que la conversión pretende tutelar, vid. FEDELE, *op. cit.*, pp. 696-697.

requisitos de sustancia y forma queden convenientemente realizados en el supuesto de hecho contractual. Concurriendo estos presupuestos, la conversión podrá operar.

¿Cuál es la función que asume en este sistema la referencia a la voluntad hipotética? En términos generales, cabe compartir la opinión expresada por diferentes autores en el sentido de que, en el mecanismo previsto por el art. 1.424, la reconstrucción de la voluntad hipotética queda absorbida por la investigación sobre la finalidad práctica³⁷⁴; se puede considerar que las partes habrían querido la configuración negocial resultante de la conversión cuando la verificación de la finalidad práctica perseguida por ellas permita fundar un juicio favorable de compatibilidad entre tal configuración y la finalidad misma. En algún caso, el juicio de convertibilidad podrá ser resuelto positivamente sobre la base de una "efectiva voluntad hipotética", es decir, cuando el examen de las circunstancias del caso permita determinar que las partes manifestaron expresamente su disposición para celebrar un contrato distinto, próximo en cuanto a sus efectos a aquél que después resulta de la conversión, aunque en definitiva, desconociendo su inviabilidad, se decidieran por la solución alternativa. Este sería un caso, más bien excepcional, en que la "verificación" de una voluntad hipotética puede facilitar el juicio de conversión.

Sin embargo, la principal función que la llamada a la voluntad hipotética cumple en el art. 1.424 es la de subrayar la necesidad de valorar la posibilidad y, sobre todo, la oportunidad de la conversión atendiendo a la específica configuración del caso concreto, más allá de toda comparación entre esquemas negociales abstractos y de valoraciones de compatibilidad típicas. El poner de manifiesto la inconsistencia de este planteamiento, tal como fue formulado por los objetivistas, fue la principal aportación de los partidarios de la teoría de la voluntad hipotética concebida sobre bases voluntaristas. Indudablemente, la insuficiencia de la tesis objetiva desde este punto de vista podría deducirse también de una recta interpretación del significado que asume el recurso a la finalidad práctica; pero no es menos cierto que la referencia expresa a la subjetividad de un elemento volitivo, aun meramente hipotético, priva de toda legitimidad a una interpretación de esa finalidad en términos de función económico-social o arreglo de intereses "típicos"³⁷⁵.

³⁷⁴ D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 283; BIANCA, *op. cit.*, p. 594; NUZZO, *op. cit.*, p. 1898.

³⁷⁵ Este parece ser el pensamiento de TOMMASINI cuando afirma que la conversión "tiene en cuenta el tipo de intereses perseguidos por las partes, en función de los cuales se predispone el mecanismo y a los que la ley hace siempre referencia", *op. cit.*, p. 895. Vid., en sentido similar a lo que se dice en el texto, RODOTA', *op. cit.*, pp. 55-56; GANDOLFI, *La conversione...1*)..., cit., p. 370.

Por otra parte, es obvio que la finalidad práctica y la voluntad hipotética a que se refiere el art. 1.424 son los que se dan en el momento de la conclusión del contrato ³⁷⁶. Será irrelevante, a efectos de la convertibilidad del contrato, el hecho de que el interés de una de las partes se haya modificado después de la estipulación del contrato nulo ³⁷⁷. Antes bien, la oposición a la conversión formulada por uno de los sujetos con base en una modificación ulterior de sus intereses particulares podría ser valorada como contraria a la buena fe, como hemos visto anteriormente. Cuestión distinta será la posibilidad de aplicar al contrato convertido las normas que disciplinan la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.467 y ss. del Código italiano).

No parece, en cambio, que el concepto de "finalidad" al que hace referencia el art. 1.424 pueda ser entendido como función económica concreta y común que el contrato nulo estaba objetivamente destinado a desarrollar; de tal manera que la conversión operaría sobre la base de una confrontación objetiva entre el contenido y función del negocio nulo y el contenido y función del negocio que resultaría de la conversión, con independencia de los motivos subjetivos de las partes ³⁷⁸. Es necesario, en este punto, tener la precaución de evitar una inadecuada confusión de planos. La finalidad no se identifica ni con el acuerdo contractual ni con la causa. Si el legislador, en el intento de salvar la iniciativa negocial de la nulidad, desplaza el punto de referencia para la valoración de la misma a la finalidad económica de la concreta operación contractual puesta en práctica, no tiene sentido exigir que la consideración del intérprete se limite a la investigación de los intereses de ambas

³⁷⁶ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 377; DILCHER, *op. cit.*, p. 495; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 874.

³⁷⁷ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 895.

³⁷⁸ Vid. D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 271-272 y 277. Según esta autora, la necesaria valoración de compatibilidad entre los intereses que pretendía realizar el negocio originario y los intereses realizables con el negocio subentrante debe, ciertamente, operar desde un punto de vista concreto, con objeto de evitar una solución fundada sobre una mera confrontación abstracta que podría ser incompatible con la necesaria tutela de la autonomía privada. Sin embargo, tal valoración de los intereses perseguidos en concreto quedaría asegurada, a su juicio, con la necesaria interpretación del negocio original, operada según los criterios generales (recogidos en los arts. 1.362 a 1.371 del Código italiano) (p. 280). La explicación no nos parece satisfactoria: la interpretación del contrato conforme a los criterios generales agota su función en la recta comprensión del significado y valor de la declaración negocial en cuanto tal. Es cierto que de las normas que disciplinan la interpretación se deduce la necesaria consideración de las circunstancias del caso y de la operación económica global en que se inserta el acto; pero estas circunstancias asumen relevancia exclusivamente en orden a la interpretación de la declaración negocial. Ahora bien, en el caso de la conversión la hipótesis es la de un contrato que, conforme a las reglas generales de interpretación, debería considerarse nulo. La investigación del intérprete en sede de conversión sobre la finalidad práctico-económica subyacente a la concreta operación negocial no puede, por definición, conducirse con arreglo a las mismas reglas, ni puede tener el mismo objeto. Indudablemente, la interpretación "inicial" del contrato cumplirá una función importante en sede de conversión, pero sólo como parte de una investigación más

partes en cuanto éstos sean coincidentes. Tal planteamiento acabaría por hacer inoperante el instituto, en cuanto que una finalidad común sólo sería localizable, normalmente, en los límites de la misma configuración inicial del contrato, es decir, en los límites de la causa originaria del contrato. La investigación de la finalidad práctica, del objetivo económico concreto que determina el recurso al contrato, debe implicar necesariamente la búsqueda de las motivaciones que han impulsado a cada uno de los contratantes a la estipulación del contrato. Desde este punto de vista, se puede reconocer en la conversión una excepción a la regla de la irrelevancia de los motivos individuales; su aplicación podrá ser excluida sobre la base de la valoración de los motivos o de las finalidades particulares de uno de los sujetos, aun no conociéndolos la otra parte. La excepción se explica teniendo en cuenta que en este caso no se trata de alegar los motivos individuales para liberarse de las obligaciones contractualmente asumidas, sino para evitar el quedar vinculado a un reglamento contractual distinto de aquél respecto del cual se prestó el consentimiento.

Evidentemente, si bien la investigación no podrá excluir la consideración de los motivos, finalidades y circunstancias propias de cada uno de los contratantes, la valoración de los mismos a la hora de juzgar sobre la compatibilidad de la solución negocial distinta con la finalidad práctica subyacente al negocio deberá ser ponderada. No todas las posibles motivaciones alegadas por los sujetos como fundamento de su oposición a la conversión podrán adquirir relevancia en orden a su exclusión; y también aquí la buena fe podrá constituir un buen instrumento para evitar abusos orientados a evitar la conversión de un contrato que ya no interese a una de las partes ³⁷⁹. Desde este punto de vista, vuelve a adquirir un papel relevante la voluntad hipotética de las partes: la finalidad práctica objeto de búsqueda no es necesariamente común; pero la voluntad hipotética, aun por vía de ficción, expresa la necesidad de que el juicio de conversión se resuelva en una solución común a las dos partes. El intérprete, por tanto, deberá valorar ponderadamente los motivos individuales de cada una de ellas para llegar, respecto a cada una, a una solución respecto a la compatibilidad de la conversión con los intereses que, en el momento de la conclusión, determinaron su participación en el negocio. Sólo cuando la solución sea positiva respecto a los dos sujetos, podrá operar la conversión. Por lo demás, la indagación sobre la operación económica global subyacente al contrato puede proporcionar las bases para

amplia, más profunda, y sobre todo no limitada por las exigencias objetivas que presiden la interpretación del contrato. Vid., al respecto, las consideraciones desarrolladas por SARACINI, *op. cit.*, pp. 25-26.

superar una predisposición aparentemente contraria a la conversión en uno de los sujetos, y fundada sobre motivos individuales ³⁸⁰.

Queda por hacer una referencia a la opinión según la cual la conversión debería considerarse posible sólo en el caso de que "los intereses realizables con un contrato distinto del puesto en práctica se incluyan entre los perseguidos esencial, y no sólo marginalmente, con el contrato nulo", una vez verificada por vía interpretativa tal esencialidad ³⁸¹. Fundamento de esta tesis sería la consideración según la cual, conforme a la lógica del sistema, el juicio de esencialidad sobre el resultado del tratamiento al que quedan subordinados los mecanismos de nulidad parcial (art. 1.419, 1º C.c. it.) y de nulidad del contrato plurilateral (art. 1.420) sería también de aplicación en el caso de la conversión. Esta tesis no es del todo convincente, en cuanto que introduce en el mecanismo de aplicación de la conversión un requisito que no resulta de su configuración legal ni, a nuestro juicio, de su *ratio*. No creemos que haya ningún impedimento para admitir la posibilidad de que de la aplicación de la conversión resulte un reglamento negocial relativo a un aspecto no esencial del contrato original, con tal de que realice un interés compatible con el que determinó el acuerdo y en el supuesto de hecho se den los correspondientes requisitos de sustancia y forma; así, por ejemplo, cabría convertir la novación de una obligación, ya en situación de mora, en la remisión de los efectos de la mora ³⁸².

³⁷⁹ Sobre la actitud de la jurisprudencia alemana, favorable a este punto de vista, vid. GANDOLFI, *La conversione...1*)..., cit., pp. 344 y ss., especialmente p. 350.

³⁸⁰ La precisión es de GANDOLFI, quien llega a ella partiendo del examen de un caso concreto resuelto por el *Bundesgerichtshof* en 1955, respecto del cual recuerda, sin embargo, las reservas formuladas por la doctrina: "Las partes, habiéndose manifestado una de ellas contraria a una determinada solución negocial [sociedad civil o simple], han elegido de común acuerdo una distinta [sociedad en nombre colectivo], que sin embargo resulta invalidada. Los jueces convierten ésta última en la primera, considerando que la señalada aversión no es decisiva. Y ello porque la misma ha madurado en uno de los sujetos cuando éste estaba convencido de tener una posibilidad de elección entre dos vías, pero no siendo factible la escogida, hay que verificar si, frente a la hostilidad manifestada por él [fundada en las experiencias negativas sufridas por un pariente suyo], no prevalece el interés por conseguir, aun por este camino no óptimo, el resultado esperado. Verificándose tal eventualidad, la mencionada voluntad contraria no es obstativa"; vid. *La conversione...2*)..., cit., p. 401, y *La conversione...1*)..., cit., pp. 149 y ss., para una descripción del caso. La posición crítica de la doctrina alemana frente a esta decisión jurisprudencial se manifiesta en LARENZ, *op. cit.*, pp. 646 y 647, quien, a propósito de este caso, subraya el hecho de que "el Juez no debe sustituir la valoración conocible de una de las partes por su propia valoración de intereses, aun cuando considere aquélla irrazonable". Sólo cuando evidentemente falte todo punto de apoyo para valorar la intención de una de las partes podrá acudir a una valoración objetiva de intereses, que tome como base el modo de pensar de un hombre razonable. Vid. también MEDICUS, *op. cit.*, p. 188, y DILCHER, *op. cit.*, p. 495.

³⁸¹ D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 281.

³⁸² Hipótesis propuesta por la doctrina italiana. Vid. *infra*, II, parágrafo 19.

14. El mecanismo de actuación de la conversión.

Del examen hasta ahora realizado se deducen los que, a nuestro juicio, son los aspectos más relevantes del instituto de la conversión: su fundamento es el principio de autonomía de la voluntad; su *ratio*, la previsión, por parte del ordenamiento, de un "correctivo" de los mecanismos de control de la autonomía privada; su esencia, una modificación de la causa del contrato dentro de los límites de la finalidad práctica económica subyacente al mismo. Procede ahora examinar el modo específico de aplicación al caso concreto, el mecanismo técnico de actuación de la conversión³⁸³. Respecto a esta cuestión, habrá que distinguir dos aspectos: por una parte, la naturaleza de la operación realizada por el Juez al aplicar el instituto; por otra, el planteamiento de la cuestión desde el punto de vista procesal.

Respecto a la primera cuestión, se han propuesto diversas teorías sobre la naturaleza de la intervención judicial dirigida a la conversión del contrato. La tendencia de los autores ha sido la de encuadrar el mecanismo de la conversión en el ámbito de las operaciones *lato sensu* interpretativas, aproximándolo, según las concepciones, a la interpretación *stricto sensu*, a la llamada "interpretación integradora", a la calificación, o a la integración del reglamento contractual.

A) Conversión e interpretación.

En cuanto a la interpretación en sentido estricto, se ha afirmado que la conversión, aun no identificándose con ella, se actúa por medio de una interpretación que tiene por objeto, según las concepciones de partida, la voluntad hipotética de las partes³⁸⁴ o la finalidad práctica por ellas perseguida³⁸⁵; si bien se trataría de una interpretación correctora o integradora, conducida según el criterio de la buena fe (art. 1.366 C.c. it.).

A nuestro juicio, la actuación de la conversión no puede explicarse convenientemente sobre la base de las reglas de interpretación de los contratos. La idea de una interpretación que tenga por objeto la voluntad hipotética de las partes constituye una

³⁸³ Sobre la conveniencia de distinguir el examen del fundamento o esencia de la conversión y su mecanismo técnico de actuación, vid. NUZZO, *op. cit.*, p. 1.897.

³⁸⁴ Así, los principales representantes de la concepción voluntarista: CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, pp. 311-312; MESSINEO, *I contratti...*, cit., p. 388; FERRI, "Volontà del privato...", cit., pp. 278-279.

³⁸⁵ Así, los objetivistas como BETTI, "Conversione...", cit., p. 811 y SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 233.

contradictio in terminis, ya que supondría una operación dirigida a verificar aquello que, por definición, es inverificable ³⁸⁶. La interpretación del contrato adquiere relevancia en sede de conversión desde diferentes puntos de vista: ante todo, es la interpretación del supuesto de hecho puesto en práctica conforme a las normas generales la que determina la aplicabilidad al mismo de la sanción de nulidad, en una primera aproximación; en segundo lugar, los resultados de esa interpretación deberán ser aprovechados como punto de partida de la investigación dirigida a la verificación del substrato económico del contrato; en fin, se podrá acudir de nuevo a las normas sobre interpretación una vez que se haya operado la conversión del contrato, con objeto de resolver, en coherencia con la nueva naturaleza atribuida a aquél, las dudas que puedan surgir (por ejemplo, verificación de la existencia de una voluntad implícitamente dirigida a la exclusión de una determinada norma dispositiva prevista por la ley para el nuevo esquema negocial al que queda sometido el contrato) ³⁸⁷. Sin embargo, la actuación de la conversión misma se produce más allá del ámbito propio de la interpretación del contrato. Esta última tiene por objeto la declaración negocial en cuanto tal, mientras que la conversión impone la necesidad de ir más allá de la declaración misma; y si bien las normas que regulan la interpretación imponen la valoración global de los diferentes elementos que concurren en la configuración del supuesto de hecho (entre los cuales adquiere una especial relevancia la consideración del comportamiento global de las partes, anterior y posterior a la conclusión del contrato), no podemos olvidar que esta perspectiva adquiere sentido en cuanto se dirige a determinar cuál sea el significado de la declaración en sí misma ³⁸⁸. En cambio, en el caso de la conversión, esos elementos adquieren una relevancia independiente, orientada al juicio de compatibilidad del que depende la convertibilidad o no del contrato. Ya no son datos que haya que considerar para la recta comprensión del objeto de la interpretación, que es la declaración; son ellos mismos el objeto de la investigación. En consecuencia, el intérprete, al indagar sobre los mismos, no puede asumir la actitud característica de la operación hermenéutica en sentido propio, ni puede estar condicionado por las mismas consideraciones. En definitiva, podríamos decir que la conversión requiere, sí, una operación interpretativa o, más bien,

³⁸⁶ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 534.

³⁸⁷ GANDOLFI, *La conversione...2)*..., cit., p. 264.

³⁸⁸ Vid. en este sentido, las afirmaciones de BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 280, en cuanto a la necesidad de valorar los tratos preliminares y otros medios interpretativos extratextuales dentro de los límites de su compatibilidad con el tenor de la declaración conclusiva.

una investigación de la realidad económica subyacente al contrato; pero tal operación no se puede identificar con la interpretación del contrato a la que se refieren los arts. 1.362 a 1.371 del Código italiano o los arts. 1.281 a 1.289 del C.c. español.

En algún caso se ha apelado al procedimiento de "interpretación integradora", ya sea como instrumento para la "reconstrucción" de la voluntad hipotética ³⁸⁹, ya como vía para determinar aquel contenido que se debe considerar virtualmente implícito en la declaración negocial, si ésta es entendida conforme al ordenamiento jurídico, es decir, conforme a una interpretación típica ³⁹⁰. Sin embargo, la utilidad del concepto ha sido justamente puesta en discusión, a la vista de la falta de toda base legal y de una justificación lógica para la admisión de un *tertius genus* entre interpretación (según criterios subjetivos y objetivos) e integración ³⁹¹, por lo que no consideramos necesario entrar en el examen específico de la cuestión.

B) Conversión e integración.

La concepción de la conversión como tratamiento encuadrable en el ámbito de la función integradora y sustitutiva de la voluntad legal ³⁹² ya ha sido objeto de examen y crítica ³⁹³. Nos remitimos a lo que entonces se dijo y nos limitamos a recordar que, a nuestro juicio, la conversión no opera en fase de integración, sino en la fase de valoración del supuesto de hecho. La vinculación a éste de un reglamento negocial distinto del que *prima facie* aparece como coherente con la caracterización dada al contrato por las partes es una consecuencia del tratamiento de conversión, pero no se identifica con éste. Una vez actuada la conversión, la construcción del reglamento negocial se producirá conforme a las normas generales (sobre la base de los arts. 1.374 y 1.375 del C.c. it., cfr. 1.258 C.C.

³⁸⁹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 312; OPPO: *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 6.

³⁹⁰ BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811.

³⁹¹ RODOTA', *op. cit.*, pp. 95 y ss, considera que el uso del término "interpretación integradora", si tiene alguna justificación en el ámbito jurídico alemán, carece en cambio de razón de ser en el ordenamiento italiano, el cual contiene normas que hacen superfluo el recurso a aquel concepto, y en el que, por ello, razones de corrección terminológica y conceptual exigen que se hable sólo de integración sin más. En sentido parecido se pronuncian CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 219 (vid. bibliografía allí cit.), y ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 341 para quien la expresión "interpretación integradora" es una "contraddizione in termini". Contra la utilidad del concepto equivalente de "autointegración" en el ordenamiento español, vid. LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, pp. 297 a 299.

³⁹² MOSCO, *op. cit.*, p. 102; GRASSETTI, *L'interpretazione...*, *cit.*, p. 171.

español), y a tal fin será necesario, por una parte, determinar qué parte del reglamento directamente referible al acuerdo de las partes se puede considerar todavía como operante; por otra, integrar el mismo reglamento con el contenido obligatorio que, en coherencia con la nueva naturaleza del contrato, quepa deducir de la ley, la buena fe, los usos y la equidad.

C) Conversión y calificación.

Una parte importante de los autores que se han ocupado de la conversión han subrayado, en fin, la modificación de la calificación del contrato como aspecto más relevante del instituto ³⁹⁴. Indudablemente, el cambio de calificación constituye el resultado más llamativo de la conversión, pero como se ha afirmado con exactitud ³⁹⁵, la constatación de este hecho asume un valor "más que nada descriptivo", por cuanto no sirve, por sí misma, para explicar el modo de operar del instituto ni los principios a los que éste responde. Como hemos visto anteriormente, el cambio de calificación (la "transformación del negocio") es consecuencia directa de la mutación de la causa del contrato, operada sobre la base de una específica intervención legal que, con carácter excepcional, permite aplicar dicho tratamiento al contrato que, de otro modo, no podría desplegar su eficacia.

D) La estructura de la norma que dispone la conversión.

Ahora bien, si las explicaciones que reconducen la aplicación concreta de la conversión a los procedimientos de interpretación, integración y calificación del contrato resultan inadecuadas o insuficientes, ¿cuál es el mecanismo concreto de actuación del mismo? Como hemos visto antes, la conversión actúa en la perspectiva del ordenamiento, más que en la del contrato; en el sentido de que constituye una norma destinada a delimitar el ámbito de operatividad de las normas que imponen la nulidad del contrato, aunque sea a través de una "valoración subsidiaria del supuesto de hecho". Se trata, fundamentalmente, de un mecanismo destinado a tutelar el contrato como manifestación de autonomía privada; pero a este resultado se llega a través de un mecanismo que parte de una delimitación

³⁹³ Vid. *supra*, II, parágrafo 9, D).

³⁹⁴ Así, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 535; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811; NUZZO, *op. cit.*, p. 1.898.

³⁹⁵ D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 264.

distinta y más amplia del supuesto de hecho, que ya no es el contrato como tal, sino la operación económica globalmente considerada. En consecuencia, la estructura de la norma que prevé la conversión del contrato es esencialmente distinta de la estructura característica de las normas que disciplinan el fenómeno contractual (entre las cuales se encuentran las normas sobre interpretación, integración y calificación), ya que en ella se conecta una determinada consecuencia jurídica -la modificación de la causa del contrato- a la verificación de un supuesto de hecho distinto del contrato como tal. El punto crítico de la actuación concreta de la conversión consiste entonces en la subsunción de un determinado sector de la realidad -que ya no es el contrato en sí mismo, sino una operación económica en la que se ha insertado un contrato nulo- en el supuesto de hecho de la norma. Esta es la singularidad del instituto de la conversión y también su dificultad esencial, por cuanto el Juez, a la hora de determinar la posibilidad o no de reconducir el caso por él considerado al supuesto de hecho de la norma que dispone aquélla, deberá recurrir a elementos y criterios distintos de los habitualmente utilizados en sede contractual; y, sobre todo, no podrá fundar su juicio sobre esquemas o valoraciones típicas (que, tendrán, si acaso, un valor meramente auxiliar), sino sobre el examen específico del caso concreto.

E) ¿Opera la conversión "ipso iure"?

Siendo ésta la esencia del mecanismo operativo de la conversión, la conclusión que lógicamente se deriva de ello es que la misma opera *ipso iure*, una vez verificada la concurrencia de los presupuestos exigidos por la norma³⁹⁶. La afirmación según la cual la conversión no puede operar *ipso iure*, por cuanto ello podría perjudicar el interés de las partes o ser contradictorio con la autonomía privada que la misma trata de proteger, carece de consistencia. La investigación sobre la concurrencia de aquellos presupuestos tiene precisamente la función de impedir tal resultado, aunque con referencia al momento de la conclusión del contrato. La conversión no tiene la función de ofrecer a las partes, o a cada

³⁹⁶ GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 264 y 405-406; vid. también, en n. 45, una referencia a la cuestión en la doctrina alemana, que se pronuncia en sentido coincidente, aunque con matices: así, por ejemplo, SILLER estima que la conversión sólo puede actuar sobre la base de una petición, incluso implícita, del sujeto interesado, y por medio del ejercicio del correspondiente poder atribuido al Juez; y ello sobre la base de entender que, a diferencia de la nulidad, el tratamiento en cuestión aparece previsto por la ley "en interés de la parte", por lo que estaría en contradicción con la *ratio* del principio operar la conversión contra la voluntad de aquél "a quien debe servir". Sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina alemana es favorable a la actuación *ipso iure*, y sin necesidad de instancia de parte, de la conversión; vid. GANDOLFI,

una de ellas, la posibilidad de elegir entre el mantenimiento en vida del contrato bajo una configuración distinta o la nulidad del contrato. Parece claro que no es necesaria una voluntad común directamente favorable a la conversión, una vez descubierta la nulidad del contrato; la conversión opera, como sabemos, también en el caso de que después de la conclusión del contrato el interés de una de las partes se haya ido modificando hasta el punto de no considerar ya conveniente el mantenimiento de cualesquiera efectos que puedan derivar del contrato³⁹⁷. Pero tampoco parece que tenga fundamento la idea según la cual la conversión actuaría sobre la base del ejercicio de una especie de derecho potestativo atribuido por la ley a cada una de las partes del contrato³⁹⁸. La tutela que por medio de la conversión concede el ordenamiento a la autonomía privada consiste precisamente en evitar que su despliegue pueda resultar obstaculizado por razones de índole técnica; no, en cambio, en permitir que las partes puedan decidir, después de la conclusión del contrato, si su interés actual reside en aprovecharse de tal tutela o en reducir a la nada lo hecho por ellas.

Un argumento contrario a esta tesis podría extraerse del texto literal del art. 1.424, según el cual "el contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto..."; lo que podría interpretarse en el sentido de que la norma ofrece esta posibilidad, pero sin imponerla a las partes, que quedarían así en libertad para hacer o no uso de ella. Sin embargo, es claro que junto a esta interpretación del dato literal cabe proponer otra, a nuestro juicio preferible, según la cual tal expresión respondería a la necesidad de subrayar la excepcionalidad de la hipótesis prevista por el precepto respecto a la regla fundamental en materia de nulidad, *quod nullum est nullum producit effectum*. En otras palabras: el precepto ha de interpretarse en el sentido de que "un contrato, a pesar de su nulidad, es capaz de producir los efectos de un contrato distinto..."; y no el sentido de que "un contrato nulo puede, si así lo quieren las partes (o una de ellas), producir los efectos de un contrato distinto..."³⁹⁹.

Por otra parte, la operatividad *ipso iure* de la conversión es sistemáticamente coherente con los principios vigentes en materia de nulidad del contrato. Ya hemos dicho

La conversione...1) ..., cit., p. 269 y n. 35. En Italia, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 535 y n. 35; BIANCA, *op. cit.*, p. 595; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590. En contra, SACCO, *Il contratto...*, cit., p. 866.

³⁹⁷ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 895.

³⁹⁸ CIAN-TRABUCCHI, *op. loc. ult. cit.*; GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 407, n. 45.

³⁹⁹ Vid., al respecto, GANDOLFI, *La conversione...2)...*, cit., p. 257 y ss., especialmente p. 264.

que la conversión opera en la perspectiva del ordenamiento, circunscribiendo los límites de las normas que imponen la sanción de nulidad. Si ésta, concurriendo sus presupuestos, opera *ipso iure*⁴⁰⁰, es lógico que lo mismo ocurra con su exclusión, es decir, con la conversión. Coherentemente, la sentencia que sanciona la conversión del contrato, como la que sanciona su nulidad⁴⁰¹, tendrá un carácter meramente declarativo, y no constitutivo.

15. El planteamiento procesal.

Siguiendo la línea de las consideraciones hasta ahora desarrolladas, se impone en este momento examinar el fenómeno desde el punto de vista de su planteamiento procesal. Y es precisamente aquí donde pueden surgir dudas sobre la concepción que estamos exponiendo. Si la conversión opera *ipso iure* cuando se dan sus presupuestos, independientemente de cualquier manifestación de voluntad realizada por las partes, o por una de ellas, en ese sentido; si la sentencia que verifica la concurrencia de tales presupuestos, como la de nulidad, tiene naturaleza declarativa y no constitutiva, la consecuencia que parece más lógica sería la posibilidad de que el Juez la aprecie de oficio⁴⁰². Este, en efecto, debería proceder a declarar la efectiva modificación de la causa del contrato en orden al mantenimiento en vida de la iniciativa negocial de las partes, aun a falta de una específica demanda o excepción formulada en tal sentido por los interesados. Frente a una demanda de nulidad del contrato, debería proceder a rechazarla si apreciase la concurrencia en el supuesto de hecho de los presupuestos de la conversión; frente a una demanda fundada en la validez del contrato, debería pronunciarse sobre ella en coherencia con la distinta naturaleza atribuida a aquél en virtud de la conversión.

Esta conclusión, sin embargo, no ha sido acogida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, que se pronuncian en contra de la posibilidad de que se declare de oficio la conversión⁴⁰³. La cuestión no es de fácil solución. Sin embargo, una posible vía para explicar el fenómeno puede buscarse en el régimen de la nulidad del contrato. El tema ha

⁴⁰⁰ Art. 1.418 C.c. it.: "Il contratto è nullo...". Vid. CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 589.

⁴⁰¹ BIANCA, *op. cit.*, p. 595; GALGANO, *Diritto civile...*, cit., I, 2º, p. 313.

⁴⁰² En este sentido, DILCHER, *op. cit.*, p. 494.

⁴⁰³ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 311; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 317; AURICCHIO, *op. cit.*, p. 259; CARRESI, *op. cit.*, p. 597; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.125; CORREIA, *recensión cit.*, p. 437; VALLET, *op. cit.*, p. 1.319. Considera que esta solución no es en absoluto obvia DE NOVA, *op. cit.*, p. 3.

sido examinado por GALGANO ⁴⁰⁴, quien, tras recordar que la nulidad, a diferencia de la anulabilidad, puede ser declarada de oficio por el Juez (art. 1.421 C.c. it.), advierte que, sin embargo, esta regla ha de coordinarse con las normas procesales que establecen los principios de la demanda, de la correspondencia o congruencia entre demanda o excepción y sentencia, y de la disposición en cuanto a la prueba. En consecuencia, y siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia, entiende que el Juez podrá declarar de oficio la nulidad de un contrato si su validez es elemento constitutivo de la demanda o si entre las partes se plantea controversia respecto a la aplicación o ejecución del contrato; y sólo en el caso de que la causa de nulidad resulte de los autos y no requiera nuevas indagaciones sobre la cuestión de hecho ⁴⁰⁵.

Estas reglas pueden proporcionar una vía para explicar convenientemente el fenómeno de la conversión desde el punto de vista procesal. A nuestro juicio, la conversión puede ser, en principio, declarada de oficio por el Juez siempre que haya de considerarse, como fundamento de la decisión, la validez o invalidez del contrato ⁴⁰⁶; lo que no excluye que, en la práctica, su actuación en concreto difícilmente pueda realizarse sino sobre la base de una petición realizada en tal sentido por una de las partes. En efecto, la peculiaridad de la investigación que el Juez ha de hacer, con el fin de verificar la concurrencia de los presupuestos de la conversión, hace prácticamente imposible que dicha investigación pueda realizarse sin la aportación, sobre todo en sede probatoria, de al menos una de las partes. Sería inaceptable desde el punto de vista de la vigencia del principio dispositivo en el ámbito del Derecho procesal que el mismo Juez introdujese en el proceso hechos o elementos probatorios no alegados por las partes; y es poco probable que del

⁴⁰⁴ *Op. ult. cit.*, pp. 309-310.

⁴⁰⁵ En la doctrina española, se ha planteado la cuestión DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *Elementos...*, cit., II, 2º, pp. 369-371, quien, a la vista de la jurisprudencia recaída en la materia y ante la dificultad de conciliar principios que, aplicados con carácter absoluto, resultan incompatibles y contradictorios, se pronuncia en un sentido próximo al señalado en el texto: a su juicio, es conveniente partir del mantenimiento como norma general de los principios tradicionales del proceso civil -justicia rogada y congruencia-, admitiendo sólo con carácter excepcional (por ejemplo, en el caso de contratos con causa torpe) la apreciación de oficio de la nulidad: "El principio *iura novit curia* puede llevar a declarar la nulidad aun cuando no hayan sido invocados los preceptos oportunos, pero habrán de concurrir 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 parte todos los interesados en la nulidad o validez (S. 23 junio 1960, y las en ella citadas), y, en principio, que las consecuencias de la nulidad hayan sido pedidas por alguno de los litigantes".

⁴⁰⁶ CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia alemana; vid. al respecto GANDOLFI, *La conversione...1*)..., cit., p. 269 y n. 35. Es ésta, además, la tendencia que cabe percibir en el nuevo Código Civil holandés, vid. GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 420, n. 17.

material aportado por éstas quepa extraer suficientes elementos de juicio como para fundar la conversión, cuando ninguno de los sujetos se haya mostrado interesado en ella ⁴⁰⁷.

Como se ha subrayado en la doctrina ⁴⁰⁸, a propósito de la nulidad, la parte que se resista a ejecutar un contrato por la concurrencia en él de una causa de invalidez, tiene la carga de promover el juicio de invalidez; correspondiéndole a ella el riesgo de ser condenado por incumplimiento si la demanda de nulidad no es acogida. En un sentido análogo, aquél de los sujetos que, valorando como nulo el contrato, considere que éste puede ser válido bajo una configuración distinta, tiene la carga de solicitar que la conversión sea judicialmente declarada, o bien de oponer la misma por vía de excepción o de reconvención ⁴⁰⁹, en el caso de que la otra parte haya pedido, bien la ejecución del contrato originario, bien la declaración de su nulidad. De otro modo, asumirá el riesgo inherente a una eventual inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato original, cuya validez en cuanto tal sea posteriormente verificada en juicio; o bien quedará obligada a pasar por los efectos que se puedan seguir de la declaración de nulidad, en cuanto a la repetición de las prestaciones eventualmente realizadas.

Coherentemente con las reglas vigentes en sede de nulidad, la conversión, como ha precisado la jurisprudencia italiana, puede ser invocada en cualquier estado o grado del proceso "e incluso por primera vez en la comparecencia de conclusiones de la apelación" ⁴¹⁰, con tal de que la apreciación de los hechos por parte del Juez de primera instancia -al que, en principio, corresponde esta misión- ⁴¹¹, no precluya la posibilidad de un nuevo

⁴⁰⁷ GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 407, n. 45: "El Juez puede atribuir a la relación deducida en juicio aquella calificación jurídica y aquel alcance efectual que considere adecuados según la ley, incluso en sentido divergente de lo que el actor o las partes de común acuerdo le indiquen. Y sin embargo está vinculado a las peticiones que las mismas, en relación a los hechos alegados, le proponen en función de la consecución de un determinado resultado".

⁴⁰⁸ De nuevo GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 313.

⁴⁰⁹ Esta será la vía procesal más habitual para hacer valer la conversión; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 317: "El Juez la dispone [la conversión] sobre la base de la demanda [reconvencional] de una de las partes, dirigida a contestar la acción de nulidad de la otra. El Juez no realiza dos operaciones, declarando primero la nulidad de un contrato y luego creando *ex novo* un contrato distinto; ejecuta una sola operación: rechaza la acción de nulidad del contrato, siendo la causa de éste convertible en otra causa distinta, idónea para realizar la finalidad perseguida por las partes". En el mismo sentido, BIANCA, *op. cit.*, p. 595.

⁴¹⁰ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 377; CIAN-TRABUCCHI, *op. loc. cit.*; GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.126-1.127.

⁴¹¹ DE NOVA, *op. cit.*, p. 3.

examen de los mismos ⁴¹². En cambio, no podrá ser invocada -por primera vez- en sede del recurso de casación ⁴¹³.

Una cuestión delicada puede ser la de determinar si la conversión ha de aplicarse o no en el caso de que la investigación sobre la finalidad práctica subyacente al contrato no permita determinar con toda precisión cuál fue la concreta configuración del juego de intereses que impulsó a las partes a celebrar el contrato. En otras palabras: en caso de duda, ¿debe aplicarse la conversión? La cuestión es compleja, porque evidentemente la representación que el Juez puede hacerse, sobre la base de los hechos alegados y probados por las partes, de la operación económica en la que se insertó el contrato, será siempre, por definición, parcial, y en consecuencia no se puede condicionar la aplicabilidad de la conversión a la concurrencia de una convicción absoluta y directa del intérprete sobre la oportunidad de la misma en el caso concreto, siendo admisible el recurso a las presunciones ⁴¹⁴. De todos modos, a nuestro juicio ha de excluirse que se pueda declarar la conversión sobre la base de una mera confrontación objetiva entre los esquemas negociales en juego, con abstracción de toda justificación fundada en las circunstancias del caso concreto ⁴¹⁵. En aplicación de las normas generales sobre la carga de la prueba, el Juez deberá denegar la conversión si la parte que solicita su declaración no consigue aportar la prueba de la compatibilidad entre la solución negocial alternativa y la finalidad que, en concreto, determinó la conclusión del contrato ⁴¹⁶.

16. Ambito de aplicación de la conversión. Negocios convertibles.

⁴¹² GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.126: "La jurisprudencia ha expresado la convicción de que la declaración sobre la posibilidad o no de la conversión del contrato nulo constituye una apreciación de hecho sobre el intento negocial de los contratantes y que dicha apreciación se sustrae al control de legitimidad del Supremo Colegio, si se funda en una adecuada motivación y está exenta de vicios lógicos y jurídicos".

⁴¹³ GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 258.

⁴¹⁴ CARRESI, *op. cit.*, p. 597. A propósito de esta cuestión, y a falta de datos que permitan una reconstrucción acabada de las finalidades concretamente perseguidas por las partes, propone la doctrina alemana el recurso a una valoración objetiva de intereses que tenga como base el modo de pensar de un hombre razonable; LARENZ, *op. cit.*, p. 647; MEDICUS, *op. cit.*, p. 187.

⁴¹⁵ Vid. las consideraciones expuestas en este sentido por ROPPO a propósito del juicio de nulidad parcial; *op. cit.*, pp. 704-705. En la jurisprudencia alemana es mayoritario este punto de vista; vid. GANDOLFI, *La conversione...1...*, cit., p. 358.

⁴¹⁶ En este sentido, SACCO, *op. ult. cit.*, p. 866; CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590. Para la doctrina alemana, vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 323, n. 13.

El art. 1.424 (a diferencia del § 140 B.G.B., situado en la sección dedicada a los negocios jurídicos en general) prevé la posibilidad de conversión en relación a los contratos, y en particular a los contratos nulos. Se plantea entonces la cuestión, clásica en la doctrina, de la delimitación del ámbito de aplicación de la conversión: en relación a las categorías negociales distintas del contrato (actos unilaterales, negocios testamentarios), a las formas de ineficacia negocial distintas de la nulidad (inexistencia, anulabilidad, ineficacia), y, entre los negocios nulos, a aquéllos cuya invalidez deriva de ciertas causas (singularmente, los negocios ilícitos y los que no se ajustan a un principio de tipicidad excepcionalmente operante en el ámbito negocial).

A) Negocios jurídicos en general.

Se afirma generalmente en la doctrina que la conversión no es aplicable solamente al contrato, sino a cualquier negocio jurídico, independientemente de su estructura unilateral, bilateral o plurilateral⁴¹⁷; siendo en cambio inaplicable en el caso de los actos jurídicos en sentido estricto⁴¹⁸. La cuestión es clara por lo que se refiere a los actos unilaterales *inter vivos*⁴¹⁹, como se deduce del art. 1.324 del propio Código italiano, según el cual las normas que regulan los contratos son aplicables, salvo distinta disposición de ley, y en la medida en que sean compatibles, a los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial; y parece que a la misma solución se debe llegar en el caso del testamento⁴²⁰, aunque respecto a éste sea más fácil plantear la posibilidad de otros remedios, como la conversión formal o la llamada sanatoria excepcional del testamento nulo (art. 590 C. c. it.).

B) Negocios inexistentes.

No es infrecuente encontrar en la doctrina referencias a la cuestión de la inexistencia negocial en relación al instituto de la conversión. Siendo discutida la

⁴¹⁷ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 530, n. 6; MARINA, *op. cit.*, p. 723; DE NOVA, *op. cit.*, p. 1.

⁴¹⁸ GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 235.

⁴¹⁹ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 316; GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 233 y n. 5; LEPRI, A.: "Sull'applicabilità dell'art. 1.424 cod. civ. ai patti successori istitutivi", in *Vita Notarile*, 1984, I, p. 836. En la jurisprudencia italiana, se ha considerado aplicable la conversión a un despido por justa causa que, no pudiendo valer como tal por defecto de ésta, debería valer como despido *ad nutum*; vid. al respecto *infra*, II, parágrafo 19.

admisibilidad de la misma categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad, algún autor ha hecho referencia precisamente a la conversión como una de las hipótesis en que la distinción podría adquirir relevancia: en el sentido de que, ante la posibilidad de que el acto nulo produzca excepcionalmente ciertos efectos -como los que pueden derivar de los diferentes supuestos de conversión formal, de la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad en el caso de prestaciones laborales, o de la conversión sustancial ex art. 1.424-, se haría necesario determinar a qué hipótesis se puede atribuir la calificación de contratos nulos, y cuáles, por el contrario, se deben considerar como inexistentes a efectos de precluir incluso esa posibilidad excepcional de que produzcan tales efectos ⁴²¹.

Como es bien sabido, a la categoría de la inexistencia se reconducen los contratos y actos que no son ni siquiera identificables como tales, en cuanto carentes del mínimo esencial que permite hablar de un determinada realidad como contrato o acto unilateral ⁴²². Independientemente de la opinión que se tenga sobre la admisión o no de la distinción entre nulidad e inexistencia, es evidente que un contrato o un acto que no puedan ni siquiera ser identificados como tales, según una valoración social corriente, no podrán ser convertidos en otro negocio, cuyos requisitos de sustancia y forma se den en el supuesto de hecho ⁴²³. En particular, no será convertible el negocio incompleto ⁴²⁴; ni tampoco podrá

⁴²⁰ GANDOLFI, *op. loc. ult. cit.*; LEPRI, *op. loc. cit.*

⁴²¹ Así, SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 364; MOSCO, *op. cit.*, p. 347; BIANCA, *op. cit.*, p. 595; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 378; GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 237 y n. 13; vid. en este último autor la bibliografía sobre el tema de la inexistencia.

⁴²² En términos generales, aceptando la categoría de la inexistencia como distinta de la nulidad, GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 270.

⁴²³ MESSINEO, *Il contratto...*, cit., pp. 190-191, pronunciándose contra la admisibilidad de la distinción en términos generales y también en relación a la conversión, explica la inaplicabilidad de la conversión a ciertos supuestos de nulidad atendiendo a la concurrencia en ellos de vicios "graves", como la falta de alguno de los requisitos de sustancia y forma a que se refiere el art. 1.424. En el mismo sentido, vid. FERRARI, S.: "Inesistenza e nullità del negozio giuridico", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, XII, 1958, p. 538.

⁴²⁴ CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 237 y n. 14, donde recuerda la máxima jurisprudencial según la cual "no ha lugar a la conversión cuando el sujeto no ha manifestado definitivamente la propia voluntad, sino que simplemente ha proyectado expresarla" (Cass. 3-1-1950 n. 14, en *Mass. Foro it.*, 1950, 6). CARRESI, *op. cit.*, p. 590, n. 92, aun aceptando en términos generales esta tesis, afirma que un caso de conversión del negocio incompleto podría darse en una cesión de contrato respecto de la cual el cedido no haya consentido, si se acepta la tesis de que el acuerdo entre cedente y cesionario es productivo de efectos, naturalmente limitados a las partes interesadas, independientemente de que haya faltado el consentimiento del cedido. La propuesta, sin embargo, no resulta convincente. No consideramos que la cesión de contrato debe construirse siempre como contrato con tres partes, según la tesis mantenida en la jurisprudencia (vid. al respecto GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 117, n. 43). Por el contrario, y a nuestro juicio, la cesión del contrato constituye el objeto de un contrato entre cedente y cesionario, que puede tener causas distintas (compraventa, permuta, donación) y configurarse de diferentes maneras (promesa de la obligación o del hecho de un tercero, contrato sometido a la condición legal de eficacia del consentimiento del cedido). La aceptación del

recurrirse a la conversión con objeto de hacer derivar de un supuesto de hecho incompleto un supuesto perfecto, menos amplio por los sujetos o por el objeto ⁴²⁵.

C) Negocios anulables.

La cuestión de la aplicabilidad de la conversión a los contratos anulables ha sido objeto de un amplio debate, tanto en Italia como en Alemania. Un sector doctrinal ha considerado que, fundándose el instituto de la conversión en un principio general del Derecho, no tendría sentido excluir su aplicabilidad a los contratos anulables. Concretamente, y según una opinión clásica, la conversión sólo podría actuarse en el momento en que la invalidez fuese definitiva, es decir, una vez ejercitada y acogida la acción de anulación ⁴²⁶.

Sin embargo, un número importante de autores se ha manifestado en contra de la posibilidad de aplicar la conversión a los contratos anulables. Los argumentos utilizados son numerosos y de no poca consistencia:

a) El mismo texto del art. 1.424 (como también el del § 140 B.G.B.), al hacer referencia solamente a los contratos nulos, permite argumentar *a contrario* que el contrato anulable no es susceptible de conversión ⁴²⁷.

b) La tesis favorable a la convertibilidad de los contratos anulables sólo podría ser compartida precisando que la conversión no sería posible en el caso de que la acción de impugnación fuese acogida, siendo necesario que la conversión se actuase por vía de

contratante cedido (que, por lo demás, puede manifestarse tácitamente e incluso antes del acuerdo de cesión) ha de calificarse como declaración unilateral de adhesión al contrato dirigido a la cesión del crédito, a la que la ley vincula el efecto de hacer oponible la cesión frente a él: el cedente queda liberado de sus obligaciones frente al contratante cedido, a menos que éste no haya manifestado, al aceptar la cesión, su intención de no liberarlo; y puede oponer al cesionario sólo las excepciones basadas en el contrato, y no las que se funden en otras relaciones con el cedente. En caso de falta de aceptación del contratante cedido, la cesión no le será oponible, y el contrato que tuviera por objeto la cesión producirá los efectos que sean procedentes, según su concreta configuración: es decir, dando lugar a la responsabilidad contractual del cedente o a la definitiva ineficacia del contrato. Pero en ningún caso será posible apreciar un fenómeno de conversión.

⁴²⁵ DE NOVA, *op. cit.*, p. 2, con cita de la Casación, 18-5-1972, n. 1.516.

⁴²⁶ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310; MOSCO, *op. cit.*, p. 367; ALBALADEJO, *Ineficacia e invalidez...*, cit., p. 609; CORREIA, *rec. cit.*, p. 437.

⁴²⁷ MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 385, n. 33; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.124.

excepción en el mismo proceso⁴²⁸. No tendría sentido equiparar, desde este punto de vista, el negocio ya anulado al negocio nulo, con objeto de aplicar al mismo la conversión.

c) Aun cuando la norma que prevé la conversión ha de poner en conexión, en su fundamento, con la tutela del principio de autonomía privada, no está justificado considerarla en sí misma como una manifestación de un principio general del Derecho susceptible de aplicación analógica más allá de los límites de la expresa previsión legal⁴²⁹. La especialidad de la norma en este caso no ha de buscarse en su fundamento y finalidad, sino en el evidente forzamiento de los principios generales que regulan el funcionamiento normal de la autonomía privada. Por ello, no parece ilógico hacer una interpretación restrictiva de la misma⁴³⁰.

d) Otro argumento es el que se refiere a la peculiar naturaleza de los vicios que dan lugar a la anulabilidad, difícilmente compatible, según algunos autores, con los presupuestos exigidos por el art. 1.424, y concretamente con la necesaria concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos de sustancia y de forma del esquema negocial subterráneo⁴³¹. La cuestión parece clara por lo que se refiere a los vicios de la voluntad y al error obstativo (sometido, en el *Codice*, al mismo régimen de anulabilidad que el error-vicio), ya que sería ilógico remitirse, en sede de conversión, a una finalidad práctica que no podría dejar de estar, también ella, afectada por el vicio en cuestión⁴³². Menos decisivo es en cambio el argumento en cuanto a la anulabilidad derivada de otras causas: así, de la incapacidad (legal o natural) de uno de los contratantes o del conflicto de intereses entre representante y representado (art. 1.394 del *Codice*), siendo posible en estos casos

⁴²⁸ En este sentido, FRANCESHELLI, *op. cit.*, p. 379; la misma idea parece acoger BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811, cuando afirma: "La conversión parte de una interpretación típica del acto inválido o ineficaz (pero no declarado como tal)...".

⁴²⁹ Este razonamiento es perceptible en la tesis de MOSCO, *op. cit.*, p. 366.

⁴³⁰ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 535; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.124.

⁴³¹ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, pp. 535-536; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.124; DISTASO, *I contratti...*, *cit.*, p. 1.145; DALMARTELLO, A.: "Questioni in tema di annullabilità del contratto", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1963, pp. 33-34.

⁴³² Excluye por esta razón la posibilidad de conversión en el caso de negocios impugnables por error, dolo o intimidación MAYER-MALY, quien, no obstante, admite esa posibilidad en otras hipótesis de negocios impugnados, *op. cit.*, p. 872.

imaginar esquemas negociales sustitutivos respecto de los cuales la causa de anulabilidad ya no sería relevante ⁴³³.

e) Se ha subrayado asimismo que la convertibilidad del contrato anulable podría dar lugar a consecuencias injustas para uno u otro contratante. Así, se dice que la conversión vendría a modificar un contrato que la parte en cuyo interés se establece la invalidez podría desear mantener inmodificado ⁴³⁴; mientras que por otra parte se excluye la conversión del negocio impugnado, dado que de otro modo quien aparece legitimado para el ejercicio de la acción de impugnación podría reestructurar el contenido del negocio jurídico ⁴³⁵.

f) Otro argumento se hace derivar, en fin, de la *ratio* del instituto, destinado a proporcionar una solución extrema para el mantenimiento de una iniciativa negocial, juzgada como merecedora de tutela, que no adquiere eficacia por motivos de carácter técnico inherentes al sistema de control de la autonomía privada predispuesto por el ordenamiento. Dicho tratamiento extremo no parece estar justificado en presencia de actos que, como los anulables, pueden ser sanados por otras vías ⁴³⁶.

⁴³³ En este sentido, GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 240, n. 22, se pregunta si la incapacidad legal puede hacer anulable el negocio celebrado, pero no otro sucedáneo, y al respecto recuerda el contenido del art. 2,2 del C. c. it., que, en materia de menor edad, deja a salvo "las leyes especiales que establecen una edad inferior a los dieciocho años en materia de capacidad para prestar el propio trabajo". A este ejemplo podríamos añadir asimismo el del contrato de mandato, anulable por minoría de edad del mandatario, pero convertible en el otorgamiento de un poder, para cuyo ejercicio por el representante sólo es exigible la capacidad natural de entender y de querer, teniendo en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato que haya de celebrar, y siempre que el representado tenga la capacidad legal necesaria (art. 1.389 del *Codice*). En el caso del contrato concluido por el representante consigo mismo (art. 1.395), GANDOLFI propone el caso en que el representante no puede considerarse "autorizado específicamente" para el negocio puesto en práctica, pero sí para otro negocio del que se den los requisitos de sustancia y forma. Vid. asimismo los ejemplos de conversión del contrato anulable propuestos por MOSCO, *op. cit.*, pp. 374 y ss., con referencia a los negocios estipulados por quien se encontraba en estado de incapacidad legal de obrar en relación a un negocio en especial, o por quien carecía del poder de obrar para ese negocio; y también a ciertos negocios estipulados en violación de particulares normas legales, en su mayor parte de carácter prohibitivo.

⁴³⁴ BIANCA, *op. cit.*, p. 595.

⁴³⁵ Argumento propuesto por LARENZ, *op. cit.*, p. 660. Contra la aplicación de la conversión a los negocios impugnables se pronuncia, también en Alemania, LEHMANN, H.: *Tratado de Derecho Civil*, vol. I (*Parte general*); trad. española de J. M. NAVAS, Madrid, 1956, p. 252; en favor de ella, ENNECCERUS, KIPP, WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, 2º (ENNECCERUS, NIPPERDEY: *Parte general*), trad. española de la 39ª edición alemana y comentarios de PEREZ GONZALEZ y ALGUER, Barcelona, 1935, p. 361. También la excluyen DILCHER, *op. cit.*, p. 493, y MEDICUS, *op. cit.*, p. 187, considerando éste último que la impugnación priva a la declaración de voluntad impugnada de la posibilidad de servir de base para un negocio sustitutivo.

⁴³⁶ RIERA AISA, *op. cit.*, p. 715; vid. también p. 713: "De entre los negocios ineficaces, el negocio nulo no puede ser sanado, confirmado, convalidado, ejecutado voluntariamente, sanado por prescripción, o por la renuncia a la acción de impugnación. Sólo queda el remedio excepcional de la conversión". En el caso del error, el art. 1.432 del C. c. it. prevé además la posibilidad de mantener el contrato rectificado, vid. BIANCA, *op. cit.*, p. 595. El mismo argumento es inadecuadamente utilizado por MOSCO con objeto de justificar su

Este último argumento nos parece particularmente decisivo. En efecto, como hemos visto anteriormente, el instituto de la conversión aparece en el sistema como un correctivo de la norma que impone la nulidad del contrato. La sanción de nulidad, como es bien sabido, se vincula tradicionalmente a la violación de normas que asumen en el sistema una función de tutela del interés general; mientras que la anulabilidad tiende a atribuir al autor de un acto no conforme con el esquema legal y eventualmente perjudicial para sus intereses por las circunstancias en que se ha realizado, la facultad de reducirlo a la nada o de consolidar de modo definitivo sus efectos, a condición de que no se pongan en juego los intereses superiores de la comunidad ⁴³⁷. Ahora bien, si el ordenamiento jurídico, al calificar un determinado negocio como anulable y no como nulo, está reconociendo implícitamente su admisibilidad en el sistema, a pesar de la presencia en él de un vicio estructural, y salvo la posibilidad de impugnación atribuida a la parte que pueda verse perjudicada por ello; si, en definitiva, en presencia de tal vicio el ordenamiento atribuye a uno de los sujetos el poder de mantener el negocio en vida, tal como aparece configurado, o bien de anularlo, no se entiende como podría estar justificado respecto a esta hipótesis el recurso a la conversión ⁴³⁸.

D) Negocios ineficaces.

Paralelamente a la discusión relativa a los negocios anulables se ha planteado también la que se refiere a la convertibilidad de los negocios ineficaces, admitiéndose por algunos sobre el presupuesto de que se trate de una ineficacia definitiva ⁴³⁹. más

afirmación según la cual la conversión es aplicable, no al contrato anulable (siendo éste todavía susceptible de satisfacer las finalidades perseguidas por las partes), sino al efectivamente anulado; *op. cit.*, p. 367.

⁴³⁷ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 870 y 876-877; GORDILLO CAÑAS, A.: "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)" en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, tomo I, pp. 946 y ss, en especial p. 950; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 264.

⁴³⁸ De todos modos, hay que recordar que la conversión del negocio anulado aparece expresamente prevista por el art. 293 del Código Civil portugués.

⁴³⁹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310; BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811; MOSCO, *op. cit.*, pp. 378-379; CARRESI, *op. cit.*, p. 591; CORREIA, *rec. cit.*, p. 437; ALBALADEJO, *Ineficacia e invalidez...*, *cit.*, p. 609. En contra, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, pp. 535-536; MESSINEO, *Il contratto...*, *cit.*, p. 429; DE NOVA, *op. cit.*, p. 3, considera que, independientemente de su admisibilidad en abstracto, difícilmente podrán concurrir, en la práctica, los presupuestos para la conversión. Sobre las diferentes posiciones doctrinales al respecto, y sobre la cuestión de la ineficacia en general, vid. SCALISI, V.: Voz "Inefficacia (dir. priv.)", en *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 322 y ss., especialmente p. 324, n. 17, y GANDOLFI, *La conversione...2...*, *cit.*, p. 239, donde se pone de manifiesto el hecho significativo de que "la jurisprudencia no

concretamente, se apunta a la convertibilidad de los negocios cuya ineficacia sea independiente, tanto directa como indirectamente, de la voluntad de las partes (parece fuera de toda duda la no convertibilidad de los negocios sometidos a condición suspensiva no verificada o a condición resolutoria verificada)⁴⁴⁰; es decir, aquéllos cuya ineficacia derive de la falta de una autorización, homologación o aprobación (p. ej., conversión de la adquisición de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble, realizado por una persona jurídica sin la correspondiente autorización administrativa, en cesión del ejercicio del derecho), y aquéllos cuya ineficacia deriva de la falta del consentimiento de un tercero (p. ej., conversión de la cesión del crédito prohibida por el deudor -art. 1.260 C.c. it.- en transmisión del crédito con eficacia *inter partes*, o también en mandato irrevocable para el cobro; conversión de la cesión de contrato no consentida por el contratante cedido en contrato con eficacia limitada entre las partes, etc.), o de un cotitular de un poder de disposición (art. 1.059 C.c. it, cfr. art. 597 C. C. español)⁴⁴¹.

Pero tampoco en este caso parece admisible la tesis favorable a la aplicación de la conversión. Entre otras cosas, la misma categoría de la ineficacia tiene un alcance poco seguro en el ordenamiento italiano, donde parece asumir un valor más bien descriptivo, a diferencia del alemán, donde el legislador hace uso de esa categoría en diferentes hipótesis⁴⁴². La cuestión es, sin embargo, discutible, sobre todo en materia de simulación, donde el *Codice* habla expresamente de ineficacia del contrato simulado entre las partes (art. 1.414,1); lo que no ha impedido que en la jurisprudencia y en un sector de la doctrina se le califique como nulo, aunque se trate de una hipótesis particular de nulidad a la que sería de aplicación una reglamentación especial que la haría inoponible a los terceros protegidos por los arts. 1.415 y 1.416⁴⁴³. En todo caso, es prevalente la tesis que excluye la aplicabilidad de la conversión al contrato simulado, y en particular la posibilidad de explicar en términos de conversión el paso del contrato simulado al disimulado⁴⁴⁴.

ha tenido hasta ahora ocasión -al parecer- de aplicar la norma objeto de examen a un acto calificable como ineficaz en sentido estricto (es decir, no en cuanto inválido)".

⁴⁴⁰ GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.124-1.125, con cita de la opinión contraria de MIRABELLI.

⁴⁴¹ La delimitación y los ejemplos son de MOSCO, *op. cit.*, pp. 382-383.

⁴⁴² GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 239. Respecto a la discusión en la doctrina y la jurisprudencia alemanas sobre la aplicabilidad del § 140 B.G.B. a los negocios ineficaces, resuelta al parecer definitivamente en sentido afirmativo, vid., del mismo autor, *La conversione...1...*, cit., pp. 196 y ss.

⁴⁴³ Vid. al respecto GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 328.

⁴⁴⁴ GALGANO, *op. loc. ult. cit.*; CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 312; MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 580; DE NOVA, *op. cit.*, p. 3; DISTASO, N.: "Simulazione relativa e conversione del negozio giuridico", en

Por otra parte, algunas de las hipótesis propuestas como ejemplos de negocios ineficaces convertibles no resultan convincentes⁴⁴⁵. Sólo en el caso de los actos cuya ineficacia es resultado de la falta de una autorización, homologación o aprobación requerida por la ley podría ser concebible el recurso a la conversión⁴⁴⁶; sin embargo, en estos casos la diversidad de configuraciones que pueden asumir tanto las previsiones legales como las hipótesis negociales, impiden entrar en un examen detenido de la cuestión. En términos generales, de todos modos, se debe tener en cuenta que, en muchos casos, como aquéllos en que esté en juego el interés general, la falta de la correspondiente autorización, etc., dará lugar a una hipótesis de nulidad en sentido propio por violación de una norma imperativa, a la que será aplicable, en principio, la conversión⁴⁴⁷; mientras que en otros podrá configurarse la hipótesis como un caso de incumplimiento de una concreta obligación *ex contractu*, o bien como no verificación de un evento deducido como condición por los mismos sujetos, estando en ambos casos fuera de lugar el recurso a la conversión⁴⁴⁸.

Giustizia civile, 1958, I, pp. 549 y ss., especialmente p. 556. La exigencia, expresada en el segundo párrafo del art. 1.414 del Código italiano, de que en el supuesto de hecho concurren los requisitos de sustancia y forma del contrato disimulado para que éste pueda tener efecto entre las partes, ha llevado a algunos autores a establecer un nexo entre simulación relativa y conversión; así, BETTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 420 y 512; bajo la vigencia del Código anterior, SATTA, *op. cit.*, p. 113. Pero es decisiva la consideración según la cual en el caso de la simulación relativa la relación verdaderamente querida por las partes se instaura, no por efecto de la conversión, sino desde el momento en que existe el acuerdo entre las partes (cuyos requisitos de sustancia y forma deben evidentemente concurrir); y se corresponde con la peculiar naturaleza de la simulación relativa el hecho de que a este negocio realmente querido se superponga un acto aparente, inescindiblemente ligado al verdadero en virtud del acuerdo simulatorio que da a la operación su unidad teleológica (DISTASO, pp. 553 y 556). Queda abierta, de todos modos, la posibilidad de que el negocio disimulado, una vez puesto de manifiesto, pueda someterse al mecanismo de conversión, en el caso de que resulte nulo por falta de los requisitos de sustancia y forma de los que habla el art. 1.414; es decir, conforme a las reglas generales.

⁴⁴⁵ Sobre el supuesto de servidumbre concedida por uno solo de los copropietarios, vid. lo que se dijo en la sección dedicada a la conversión legal; sobre la cesión del contrato no consentida por el contratante cedido, vid. *supra* en la sección sobre el negocio incompleto, n. 424.

⁴⁴⁶ Según LARENZ, la conversión sólo sería posible cuando el negocio deviniese definitivamente ineficaz por la denegación de la autorización; *op. cit.*, p. 642, n. 426. En sentido negativo se pronuncia BIGLIAZZI-GERI, *op. loc. ult. cit.*, respecto a estas hipótesis, entendiendo que tal posibilidad "vendría a ofrecer al autor del acto un medio para eludir los controles establecidos por la ley, presentándose la conversión como un mecanismo *in fraudem legis*".

⁴⁴⁷ Vid. la sentencia de la Pretura de Alatri de 16-6-1967, en *Nuovo diritto*, 1968, pp. 158 y ss., con nota de CECI, cit. En ella se admite la conversión de un arrendamiento por plazo superior a nueve años de un inmueble realizada por un párroco sin la autorización del superior eclesiástico (preceptiva conforme al ordenamiento canónico para los actos que exceden de la administración ordinaria, y en consecuencia nula también a efectos civiles por aplicación del Concordato), en arrendamiento por un plazo de nueve años.

E) El negocio ilícito.

Aunque parece claro que el ámbito propio de actuación de la conversión es el de los negocios nulos, se discute sobre la posibilidad de aplicarlo a negocios cuya nulidad deriva de ciertas causas. Singularmente intensa ha sido la discusión sobre la convertibilidad de los negocios cuya nulidad deriva de su ilicitud. La cuestión se plantea en Italia a partir de algunas decisiones jurisprudenciales de los años cincuenta ⁴⁴⁹, que excluyen la posibilidad de que una venta con efecto inmediato pueda convertirse en una venta sometida a la condición suspensiva de la supresión del deber de destinar ciertas mercancías a la acumulación centralizada. Entre los argumentos sobre los cuales se apoyan estas sentencias, la atención de doctrina y jurisprudencia se centrará en la consideración según la cual los negocios ilícitos, no siendo merecedores de tutela, no son susceptibles de conversión; en concreto, una de las sentencias se expresa en estos términos: "El principio de conversión de los negocios jurídicos es inaplicable cuando la nulidad del negocio que se haya de convertir derive de su ilicitud por contrariedad a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres".

En la misma línea de estos pronunciamientos, se seguirán otros en los años sucesivos, siempre manifestándose en contra de la aplicabilidad de la conversión ⁴⁵⁰. Un amplio sector de la doctrina aceptará sin reservas la tesis jurisprudencial, afirmándose que

⁴⁴⁸ Sobre la posibilidad de que un mismo evento sea deducido en un contrato como condición o como objeto de una obligación de una parte frente a la otra, vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit. II, 1º, pp. 227 y ss.

⁴⁴⁹ En concreto, se trata de diversas sentencias de la Corte de Casación (todas ellas de 18 de abril de 1953), relativas a hipótesis de ventas de aceite a particulares realizadas en contravención de la norma que imponía su destinación a la acumulación centralizada. Vid. Cass. 18-4-1953, n. 1.036, en *Riv. di dir. comm.*, 1954, 2ª, pp. 253 y ss., con nota de AURICCHIO, cit.

⁴⁵⁰ Así, Cass. 10-3-1956, n. 712; se excluye la conversión, conforme al art. 2.701 del *Codice*, de la escritura pública en la que se documenta una compraventa inmobiliaria, otorgada por un notario que es también parte adquirente a través de persona interpuesta, en escritura privada; vid. en *Giustizia civile*, 1956, I, pp. 1.055 y ss, con nota de DE SIMONE, cit. Cass. 2-2-1957, n. 406: Se deniega la conversión para un pacto con el cual el mutuatario se obliga al pago, a título de intereses, de "quince *tumuli* de trigo al año", siendo éste un bien cuya destinación a la acumulación viene impuesta por la ley (la Corte de Apelación de Nápoles había admitido la conversión del pacto en un crédito de una suma equivalente al precio del grano). Cass. 26-9-1964, n. 2.437: Se deniega la conversión del pacto por el cual un abogado acepta recibir una compensación inferior al mínimo inderogable de la tarifa profesional en una estipulación dirigida a contener en la medida mínima consentida los honorarios. más recientemente, Cass., sez. II, 14-7-1983, n. 4.827: Se excluye la conversión de un pacto sucesorio institutivo en testamento, por contrariedad al principio de orden público de la plena libertad del testador; vid. en *Vita notarile*, 1984, I, pp. 829 y ss., con nota de LEPRI, cit. Vid. un examen de las sentencias señaladas en GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., pp. 240 y ss, y también en "Il principio di conversione...", cit., pp. 202-203. Vid. también App. Catanzaro, 13-5-1955, citado en DE NOVA, *op. cit.*, p. 4: Una reserva de usufructo en favor del cónyuge, entonces nulo por contrariedad a la prohibición de liberalidades entre los cónyuges, se declara no convertible porque la nulidad depende de ilicitud derivada de contrariedad a normas imperativas que afectan a la moralidad pública.

la ilicitud del negocio (de su causa, objeto o motivos; o del negocio concluido en fraude de ley) excluye la valoración positiva de la finalidad práctica perseguida por los sujetos; valoración que constituye el presupuesto de la conversión, al estar ésta dirigida a alterar el instrumento inadecuado en orden al mantenimiento de una función merecedora de tutela. Esta tesis aparece mantenida en términos absolutos, excluyéndose la conversión en presencia de los negocios ilícitos tanto por violación de una norma imperativa, como del orden público o las buenas costumbres ⁴⁵¹.

Sin embargo, contra esta opinión se han alzado voces autorizadas, que no consideran legítimo excluir *a priori* la convertibilidad del negocio ilícito, y juzgan en cambio oportuno distinguir entre las diferentes hipótesis. Así, se afirma que será posible la conversión cuando la ilicitud no afecte a la finalidad perseguida por las partes, y no haya sido prevista por ellas ⁴⁵²; cuando afecte al contenido específico de una prestación, que pueda ser sustituido sin sacrificar el interés de las partes ⁴⁵³; cuando no sea resultado de la contrariedad al orden público o a las buenas costumbres ⁴⁵⁴; o cuando la finalidad de la norma violada no se oponga al negocio -distinto, aunque "compatible" con el realizado desde el punto de vista de la concreta finalidad perseguida- que pueda resultar de la conversión ⁴⁵⁵. En coherencia con esta línea de pensamiento es también posible encontrar alguna resolución jurisprudencial que, admitiendo en principio la convertibilidad de contratos dirigidos a la venta de un bien excluido del comercio, la excluyen en el caso

⁴⁵¹ Así, BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 536; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 233; MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 388; CARRESI, *op. cit.*, p. 590, n. 90; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.145; LEPRI, *op. cit.*, p. 832; BIANCA, *op. cit.*, p. 595; GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 319; LACRUZ, *op. cit.*, p. 396; RIERA AISA, *op. cit.*, pp. 715-716. El argumento es desarrollado por AURICCHIO, quien parte de la premisa según la cual la ilicitud constituye un vicio funcional del negocio, que hace éste ineficaz por su contrariedad a una norma prohibitiva; mientras que la nulidad responde a un vicio estructural interno del negocio, en cuanto contrario a una norma ordenadora. Por lo que el negocio ilícito (perfecto en su estructura, pero viciado en su función) se mueve en un ámbito distinto del delimitado por el art. 1.424, y no es por tanto susceptible de conversión; vid. *op. cit., passim*, y en particular pp. 261-262.

⁴⁵² CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590; SALEILLES, *op. cit.*, pp. 322-323.

⁴⁵³ CARNEVALI: *La donazione modale*, Milano, 1969, pp. 117 y ss; SACCO, *Il contratto*, cit., p. 867; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵⁴ Así, aun antes de la toma de posición por parte de la jurisprudencia, se había manifestado en contra de la convertibilidad de los negocios nulos por contrariedad a las buenas costumbres o al orden público, admitiendo en cambio la de los negocios nulos por violación de normas imperativas, MOSCO, *op. cit.*, pp. 361 a 365.

⁴⁵⁵ LARENZ, *op. cit.*, pp. 643-644; MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 871. Este parece ser el punto de vista predominante en la doctrina alemana; vid. GANDOLFI, "Il principio di conversione...", cit., p. 203.

concreto porque la solución substitutiva imaginable no respondería al interés de las partes
456

La opinión favorable a excluir por principio la convertibilidad del negocio ilícito, aunque es necesario reconocer su realismo desde un punto de vista práctico, no puede ser acogida sin ninguna reserva, teniendo en cuenta que el texto de las normas que regulan la conversión no establece ninguna limitación en cuanto a las causas de nulidad que puedan precluir el recurso a la conversión. Una vez más se hace necesario el examen de la *ratio* de la norma con objeto de precisar el ámbito de aplicación del mecanismo. Si se contempla la norma a la luz del sistema de control de la autonomía privada en el que se integra, y concretamente en conexión con la *ratio* de las normas cuya violación implica la nulidad del negocio, no se podrá excluir *a priori* su aplicación en aquellos casos en que, infringiéndose una norma imperativa, sea sin embargo posible encontrar una solución negocial substitutiva, susceptible de satisfacer en una medida suficiente el interés de las partes, y no afectada por la sanción de nulidad ⁴⁵⁷. Resulta claro, entonces, que el juicio de compatibilidad entre la finalidad perseguida y la que se pueda alcanzar a través del esquema negocial subterráneo deberá ser negativo, comportando la exclusión de la conversión, cuando de la investigación dirigida a verificar la finalidad práctica de la operación negocial ilícita resulte un propósito decididamente inmoral, contrario al orden público o a los fines específicamente buscados por las normas imperativas o prohibitivas en función de la tutela de principios jurídicos o éticos fundamentales del ordenamiento ⁴⁵⁸; particularmente, habrá que excluir la conversión en el caso del llamado "negocio torpe" ⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Se trata de dos sentencias de las Secciones unidas, de 27-7-1948, n. 1.244, y de 8-7-1958, n. 2.464, relativas a la convertibilidad de contratos de venta de aguas públicas en contratos de cesión del uso de las mismas; vid. en GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 247. El mismo autor pone de manifiesto cómo una actitud similar puede descubrirse, sobre la base de un detenido examen, en las sentencias que marcan el punto de partida de la tesis contraria a la convertibilidad de los negocios ilícitos; vid. *op. cit.*, pp. 390-391.

⁴⁵⁷ LARENZ, *op. cit.*, pp. 643-644. Vid., sin embargo, las apreciaciones hechas al respecto por GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 272, cuando afirma: "El concepto de ilicitud expresa una contradicción del contrato respecto al ordenamiento jurídico más fuerte de la que se manifiesta en su contrariedad respecto a normas imperativas: la fórmula denota reprobación por el resultado que, con el contrato, las partes se proponen realizar (...). Esta contradicción más intensa se manifiesta también en la ya señalada circunstancia de que el contrato ilícito es siempre y en todo caso nulo y no susceptible de producir efectos".

⁴⁵⁸ GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 273.

⁴⁵⁹ La expresión (*negozio turpe*) es utilizada por GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 253, haciendo referencia a aquellos negocios de los que surge la obligación de realizar las prestaciones a las que se refiere el art. 2.035 del Código italiano: "Prestación contraria a las buenas costumbres.- Quien haya ejecutado una prestación con una finalidad que, también por su parte, constituya ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo pagado". A la hipótesis prevista por este artículo se refiere también DE NOVA, *op. cit.*, p. 2. Una distinción paralela cabría hacer en el ordenamiento español entre los contratos con causa ilícita (art. 1.275) y los

En definitiva, la posibilidad de convertir un contrato juzgado como ilícito será, en la práctica, sumamente remota, aunque no puede ser excluida *a priori*. Un caso concreto respecto del cual se han manifestado ciertas dudas es el del pacto sucesorio, objeto de una específica prohibición legal impuesta por el art. 458 del *Codice* (cfr. art. 1.271,2 C.c.) en cuanto se le considera contrario al principio de orden público de la plena libertad del testador en la disposición sobre sus propios bienes⁴⁶⁰. Planteada la cuestión de si un pacto sucesorio es susceptible de conversión en testamento, la jurisprudencia se ha manifestado en sentido negativo, argumentando que mediante la conversión "se realizaría precisamente la finalidad, prohibida por el ordenamiento, de vincular la voluntad del testador al respeto de compromisos relativos a la propia sucesión y asumidos con terceros"⁴⁶¹. Frente a esta resolución, un sector doctrinal⁴⁶² ha sostenido que, aun debiendo acogerse como regla general la inconvertibilidad del negocio ilícito, debería admitirse una excepción a la misma precisamente en materia de pacto sucesorio, teniendo en cuenta que, en este caso, la ilicitud ha de referirse, no a la finalidad perseguida por las partes, sino al concreto instrumento negocial utilizado. Por ello, no tendría sentido excluir *a priori* la conversión como medio para reconducir dentro de los límites legales la iniciativa negocial de las partes. La tesis en cuestión ha sido objeto de discusión, considerándose que en la base del contrato sucesorio no está solamente la finalidad de regular la sucesión del *de cuius*, sino también la de hacer irrevocable tal disposición de intereses. Además, se afirma -siguiendo en este punto la línea jurisprudencial- que la admisión de la conversión de los pactos sucesorios podría proporcionar una vía indirecta para eludir la norma sancionada en el citado art. 458⁴⁶³.

Dejando aparte la cuestión, suscitada en la misma sentencia, de la convertibilidad de un contrato nulo en un acto unilateral válido -a la que haremos referencia en otro lugar-

contratos con "causa torpe" del art. 1.306, para los que se establece el efecto de la irrepetibilidad de las prestaciones respecto al contratante culpable.

⁴⁶⁰ Vid. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 381, y bibliografía allí citada.

⁴⁶¹ Cass. 14-7-1983, n. 4.827, vid. cita en nota 450.

⁴⁶² VIGNALE, M.: "Il patto successorio, la 'donatio mortis causa' e la conversione del negozio illecito", en *Dir. e giur.*, 1962, p. 304, haciendo notar que, en sede de ilicitud es necesaria una distinción, según que la prohibición legal recaiga sobre la finalidad perseguida por las partes, sean cuales sean los instrumentos negociales utilizados (por ejemplo, el pacto leonino), o bien recaiga sobre un determinado instrumento negocial, sin afectar necesariamente, sin embargo, el interés a él subyacente. La posibilidad de convertir el pacto sucesorio en testamento es admitida también por DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.147. Vid. también DE GIORGI, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, y también la voz "Patto successorio", en *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 533.

consideramos que no se puede precluir el recurso a la conversión, en el caso del pacto sucesorio, sobre la base de los argumentos utilizados. La conversión podrá ser un instrumento idóneo para evitar la definitiva inviabilidad de la destinación dada por el *de cuius* a su patrimonio, cuando del examen del comportamiento global de las partes y de sus circunstancias personales quepa deducir que no había en ellas un *ánimo* directamente orientado a burlar la prohibición legal, y que la finalidad concretamente perseguida por medio del pacto sucesorio podía alcanzarse en una medida aceptable a través de otro instrumento negocial, como es el caso del testamento. Téngase en cuenta que admitir la conversión en este caso no dejaría necesariamente sin efecto la prohibición legal; si el causante, todavía en vida, quisiera alterar los términos de su sucesión, de nada serviría (al margen de la eventual responsabilidad precontractual) una acción opuesta fundada en la existencia del pacto sucesorio, que sería declarado nulo. Y tampoco ayudaría en este caso la conversión en testamento, siendo éste esencialmente revocable. En cambio, la conversión puede ser oportuna cuando la cuestión se plantee tras la muerte del causante, si se puede verificar, por ejemplo, que éste no tuvo nunca la intención de alterar los términos de la sucesión, a su entender definitivamente resuelta conforme a sus intereses por medio del pacto sucesorio ⁴⁶⁴.

F) Negocios que infringen un principio de tipicidad.

En estrecha conexión con la cuestión relativa a los negocios ilícitos se ha planteado otra relativa a la convertibilidad de aquellos negocios cuya ilicitud derive de la violación de un principio de tipicidad que, de modo excepcional, opere en el ámbito del sistema negocial. Es el caso de la discusión surgida en Italia acerca de la aplicabilidad de la conversión al contrato de agencia celebrado por un agente no inscrito en el correspondiente registro público; contrato nulo, en virtud del art. 9 de la ley nº 316 de 1968, pero respecto del cual se ha propuesto su conversión en contrato atípico de promoción de negocios, con el fin de atribuir un título distinto al derecho del agente a recibir la correspondiente comisión por los negocios concluidos ⁴⁶⁵. La cuestión ha dado lugar a soluciones diversas

⁴⁶³ GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.131; LEPRI, *op. cit.*, p. 835.

⁴⁶⁴ Téngase en cuenta que el instituto del pacto sucesorio se admite en ciertos ordenamientos, como el alemán o el suizo, por lo que la posibilidad de recurrir a él puede considerarse como normal en personas que tengan tal origen.

⁴⁶⁵ Cass. 13.8.1981, n. 4.928, en *Foro italiano*, 1981, I, c. 2.699, con nota de PARDOLESI.

en la jurisprudencia; y así, en alguna sentencia se ha rechazado la posibilidad de tal conversión, considerándose que el recurso a dicho tratamiento queda precluido por la ilicitud de la causa del contrato, en cuanto contrario al principio de tipicidad introducido por la ley en cuestión en el ámbito de los contratos de agencia y representación ⁴⁶⁶. Sin embargo, otras decisiones han negado que en este caso se pueda hablar de ilicitud (de la causa, del objeto o de los motivos) del contrato (en el sentido de los artículos 1.343 a 1.346 del Código italiano), ya que no resultan violados en este caso "principios éticos fundamentales del ordenamiento" ⁴⁶⁷; tratándose más bien de un caso de nulidad por contrariedad a normas imperativas (contrato ilegal, según el art. 1.481,1) ⁴⁶⁸, susceptible, en consecuencia, de ser sometido a conversión ⁴⁶⁹.

El recurso a la conversión en este caso ha sido considerado como "artificioso", dado que la conversión presupone que las partes no estén en conocimiento de la nulidad del contrato celebrado, lo que no sucede en este caso ⁴⁷⁰. Pero, al margen de esta consideración, a la que difícilmente se le puede reconocer validez en términos absolutos, es necesario preguntarse si admitir la conversión en un caso como éste sería contrario a la finalidad específicamente buscada por la norma en cuestión, que es precisamente la de impedir que se den contratos de este tipo sin el oportuno control. Parece que la solución debe ser afirmativa, y en consecuencia contraria a la convertibilidad de tales contratos; y ello, a pesar de que al respecto se ha subrayado que la exclusión de la conversión en todos los casos en que el legislador establezca un *numerus clausus* de tipos negociales en un determinado sector, puede determinar una importante reducción del ámbito de aplicación

⁴⁶⁶ Cass. Sez. un., 12.11. 1983, n. 6.730, en *Foro italiano*, 1984, I, c. 6.888.

⁴⁶⁷ Cass. Sez. un., 3.4.1989, n. 1.613, en *Foro italiano*, 1989, I, c. 1.420.

⁴⁶⁸ Cass. 23.5.1987, n. 4.681, cita en GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 254, n. 54.

⁴⁶⁹ Así lo reconoce expresamente la citada sentencia de la Casación de 13.8.1981. Vid. también FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 381, quien recuerda que la disciplina introducida por la ley de 1968 ha sido derogada por la nueva ley de 3.5.1985, n. 204, que mantiene el sistema de inscripción obligatoria de los agentes pero ya no impone la sanción de nulidad para los contratos celebrados por agentes no inscritos. Otra vía para justificar el derecho del agente no inscrito a la comisión por los negocios concluidos se ha querido buscar en la aplicación analógica de la norma recogida en el art. 2.126 del *Codice*, que establece el derecho del trabajador a la retribución si el trabajo se ha prestado efectivamente, aunque haya sido contratado por medio de un contrato nulo, salvo en el caso de ilicitud del mismo en cuanto al objeto o a la causa; sobre las diversas teorías mantenidas en la jurisprudencia al respecto, vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 254, n. 54, y GALGANO, *op. ult. cit.*, p. 105, quien expresa sus dudas sobre la posibilidad de extender la aplicación de una norma dictada para el trabajo por cuenta ajena al trabajo autónomo.

⁴⁷⁰ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, p. 105.

del instituto ⁴⁷¹. En realidad, no es evidente que en el caso objeto de examen sea posible apreciar un verdadero *numerus clausus* de esquemas negociales, por lo que el temor señalado no parece demasiado fundado. Si así fuese, sería coherente que el legislador -ya directamente, por medio de la conversión legal, ya indirectamente, por medio de la conversión ex art. 1.424-, proporcionase la vía para reconducir a esa tipicidad cerrada los supuestos de hecho "extravagantes".

Es éste el caso de las formas de conversión legal admitidas en sede de contratos agrarios, donde, en efecto, opera un principio de tipicidad; es éste, asimismo, el caso de la eventual conversión del pacto sucesorio en testamento ⁴⁷². Otros casos de conversión podrían darse en el ámbito de los contratos societarios, teniendo en cuenta el principio de tipicidad que, en contra de los principios generales, establece el art. 2.249 del *Codice*. En el caso del contrato de agencia, en cambio, la finalidad de la norma que impone la prohibición de celebrar contratos de esa naturaleza a sujetos no inscritos en el registro público resultaría frustrada si se admitiese la conversión de un contrato que violase la prohibición. Por otra parte, el derecho del agente no inscrito a recibir una compensación por los servicios prestados (problema que en la práctica se trata de resolver), podría quedar tutelado, en último término, mediante el recurso a la acción general de enriquecimiento sin causa a la que se dedica el art. 2.041 del Código italiano ⁴⁷³.

17. El negocio sustitutivo.

⁴⁷¹ Vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 256-257, quien recuerda al respecto cómo en Alemania la doctrina ha reconocido en la nulidad derivada de vicios de forma y de la infracción de un principio de tipicidad las esferas típicas de aplicación de la conversión; vid., en este sentido, LARENZ, *op. cit.*, p. 644; LEHMANN, *op. cit.*, p. 252; ENNECCERUS, *op. cit.*, p. 361; MEDICUS, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁷² Sobre la vigencia en materia de delación hereditaria de un principio de tipicidad se pronuncia precisamente la sentencia que excluye la convertibilidad del pacto sucesorio, cuando afirma que el ordenamiento italiano prevé solamente dos tipos de delación hereditaria, es decir, el testamento y la ley; por lo que queda completamente al margen del ámbito de los supuestos de hecho que dan lugar a la sucesión hereditaria un *tertium genus*, como sería, precisamente el pacto sucesorio; vid. GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.130.

⁴⁷³ La jurisprudencia ha admitido expresamente la aplicabilidad de esta acción en el caso de que alguien haya ejecutado, sobre la base de un contrato nulo, una prestación de *facere*, de cuyo resultado la otra parte se haya beneficiado; a pesar de que a través de esta vía sólo se pueda obtener una compensación en los límites del daño efectivamente sufrido y del correlativo enriquecimiento de la otra parte. Se trata de una acción subsidiaria, ejercitable solamente cuando el perjudicado no pueda ejercitar ninguna otra acción (p. ej., ni la acción derivada del contrato nulo, ni la que podría derivar de la conversión del mismo); pero puede utilizarse simultáneamente a la acción contractual (o ex conversión) y subordinada a ella, para la eventualidad de que el título contractual sea considerado nulo (o no convertible); vid., al respecto, GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, pp. 368 y ss.

La delimitación del ámbito de aplicación de la conversión debe tener en cuenta, no sólo las características del negocio nulo que se quiere convertir, sino también las limitaciones que eventualmente se puedan dar en cuanto a la posible configuración del esquema negocial subentrante. Al respecto, los textos alemán e italiano ofrecen dos indicaciones, a las que ya nos hemos referido anteriormente: por una parte, se dice que el contrato nulo puede producir los efectos de un "contrato distinto"; por otra, que deberá tratarse de un contrato cuyos "requisitos de sustancia y forma" concurren en el supuesto de hecho.

A) La exigencia de un tipo negocial "distinto".

Ya hemos visto cómo en los años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del nuevo Código italiano, la jurisprudencia interpretó la expresión "contrato distinto" en el sentido de que el negocio, tal como resultaba de la conversión, debía necesariamente diferenciarse del negocio original también desde el punto de vista tipológico⁴⁷⁴. Esta idea ha encontrado acogida en un sector de la doctrina, que ha considerado necesario, o al menos, normal, que la conversión determine un cambio del tipo negocial⁴⁷⁵. Sin embargo, la idea predominante es que el negocio subentrante puede ser del mismo tipo que el original⁴⁷⁶. En términos más generales, compartimos la opinión según la cual la conversión puede actuarse independientemente de cualquier referencia al sistema de tipos contractuales y a su adaptación, por lo que será posible convertir un negocio innominado en otro nominado, o viceversa; y también será posible actuar la conversión dentro de los límites del mismo tipo negocial, con tal de que sea posible encontrar un negocio, distinto

⁴⁷⁴ Así, Cass. 3.8.1946, n. 1.068, que niega la convertibilidad de la letra de cambio agraria nula por defecto de forma en una letra ordinaria. Vid. GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 268 y n. 90, y DE MARTINI: "Il principio della 'conversione dei negozi giuridici' e la convertibilità della cambiale agraria in cambiale ordinaria", en *Riv. dir. comm.*, 1946, II, pp. 698 y ss.

⁴⁷⁵ Así, CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310 y n. 186, quien, tras afirmar que el negocio resultante de la conversión es un negocio distinto en cuanto a su tipo a a su naturaleza, o incluso un negocio de contenido o efectos diferentes, reconoce que la opinión predominante en la doctrina es la que exige una mutación de carácter tipológico. Vid. también CARRESI, *op. cit.*, p. 591.

⁴⁷⁶ CIAN-TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 590; FEDELE, *op. cit.*, p. 696. En Alemania, ya se encuentra esta afirmación en ENNECCERUS, *op. cit.*, p. 361, y en el mismo sentido se pronuncia, recientemente, MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 872; sobre la actitud de la jurisprudencia alemana, donde en alguna ocasión ha aflorado la tesis de la necesaria diversidad tipológica, vid. GANDOLFI, *La conversione...1...*, cit., pp. 284 y ss. En España, VALLET, *op. cit.*, p. 1.315; LACRUZ, *op. cit.*, p. 396.

desde el punto de vista causal, respecto al cual se den los presupuestos de aquélla ⁴⁷⁷. La diversidad entre los esquemas negociales desde el punto de vista estructural (dentro de los límites en que se dé la concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos de sustancia y forma del negocio subentrante) ⁴⁷⁸ no podrá, por otra parte, significar una absoluta diversidad desde el punto de vista de los efectos, en cuanto que difícilmente sería posible que concurriese en un caso de este tipo la necesaria relación de congruencia a nivel de la concreta finalidad práctica perseguida ⁴⁷⁹.

B) La identidad de partes entre el negocio original y el negocio sustitutivo.

Se suele afirmar asimismo que entre el negocio nulo y el que resulta de la conversión debe darse una absoluta identidad de partes ⁴⁸⁰. Se habla, sin embargo, de alguna excepción a esta regla, con referencia a ciertas hipótesis de conversión legal, como por ejemplo las del art. 11 de la ley cambiaria o la del contrato a favor de tercero ⁴⁸¹. Al respecto, nos remitimos a lo dicho anteriormente, y nos limitamos a recordar que es discutible la concurrencia en estos casos de hipótesis de conversión en sentido propio; por lo que consideramos que la regla de la necesaria identidad de partes tiene un valor absoluto, lo que por otra parte responde a la esencia misma del instituto ⁴⁸².

⁴⁷⁷ MOSCO, *op. cit.*, p. 265; MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 388; DE NOVA, *op. cit.*, p. 3, critica la opinión manifestada por VIDIRI, en el sentido de que el contrato nulo debe convertirse en otro contrato 'típico', y advierte al respecto: "Es probable que, a establecer esta limitación, que no está en la ley, induzca el temor de que el Juez, libre de cualquier vinculación a los esquemas legales, invente un contrato sustitutivo atípico conforme a su fantasía. En sí, la preocupación puede tener algún fundamento. Pero la consecuencia que se extrae de ella es de todos modos excesiva. Así, a nuestro juicio, es perfectamente posible que el contrato sustitutivo esté dotado de tipicidad sólo social y no legislativa". Vid. también DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490, que atribuye una significación secundaria, en sede de conversión, a la cuestión de la adaptación de los tipos negociales, "ya que habrá que considerar primordialmente la causa concreta del negocio y las normas que le sean aplicables".

⁴⁷⁸ GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.114-1.115.

⁴⁷⁹ D'ANTONIO, *op. cit.*, pp. 280-281. En Alemania, LEHMANN recuerda que el § 140 no autoriza a sustituir un contrato nulo por otro de contenido distinto, argumentando que los interesados, si hubiesen conocido la nulidad, habrían celebrado un negocio de contenido completamente distinto; *op. cit.*, pp. 251-252.

⁴⁸⁰ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 310; MARINA, *op. cit.*, p. 723; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.143. En la jurisprudencia se ha afirmado la exigencia de que entre el negocio nulo y el que debe sustituirlo haya una absoluta identidad de partes que actúen con la misma cualidad (Cass. 25.5.1937, en *Foro italiano*, 1938, I, c. 1.085).

⁴⁸¹ CARIOTA-FERRARA, *op. loc. cit.*, n. 187 y p. 314.

⁴⁸² Vid. II, parágrafo 5. En este sentido, vid. también DILCHER, *op. cit.*, p. 494. Alguna duda podría surgir respecto a una hipótesis concreta: la conversión de una deliberación de transformación de sociedad por acciones (anónima) en sociedad cooperativa, nula como tal, que puede valer, cuando subsista la adhesión de

C) Conversión de un contrato nulo en un acto unilateral válido.

Más compleja es la cuestión relativa a la convertibilidad de un contrato nulo en un acto unilateral válido cuyo agente y destinatario sean las mismas partes de aquel contrato. El tema es todavía hoy objeto de discusión en Italia. Las hipótesis que se plantean a los intérpretes son diversas: conversión del pacto sucesorio en testamento ⁴⁸³; de un contrato de mandato en una promesa de venta de cosa ajena ⁴⁸⁴; de una donación nula por falta de forma solemne en una promesa de pago ⁴⁸⁵; de un mandato, anulable por defecto de capacidad legal del mandatario, en otorgamiento de un poder ⁴⁸⁶. Es necesario subrayar, ante todo, que la actitud jurisprudencial en la materia se puede considerar hoy en día

todos los socios, como acto constitutivo de nueva sociedad; vid. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 538, y FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 380-381, con cita de la jurisprudencia. En este caso se podría considerar que, mientras la deliberación es un acto de la sociedad en cuanto tal, la constitución de una nueva sociedad sería un contrato celebrado entre los socios individuales. Un planteamiento de este tipo cabe encontrar en RAFFAELLI, *op. cit.*, p. 1.170: frente a un caso de conversión de la deliberación asamblearia de segunda convocatoria en deliberación de primera convocatoria (vid. *infra*, parágrafo 19, n. 557), el autor afirma que la voluntad hipotética que se ha de investigar "debe ser la voluntad válida de la colectividad y no la de sus componentes individuales". Este planteamiento, sin embargo, se podría poner en conexión, por una parte, con la idea según la cual la deliberación sería un "acto colegial", expresión de una "voluntad colectiva de la asamblea", distinta de la voluntad de sus miembros individuales, que se expresa a través del voto; tesis que ha sido objeto de crítica por parte de GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 2º, p. 223, cuando afirma que "más allá de la metáfora, la deliberación se presenta como el resultado de una pluralidad de declaraciones individuales: no es la 'voluntad de la asamblea', sino la voluntad de la mayoría, aunque formada en asamblea". No es, por ello, admisible el planteamiento en términos de una voluntad colectiva "hipotética" dirigida a la deliberación de primera convocatoria; se trata en todo caso de una pluralidad de declaraciones unilaterales, cuya eficacia, aun por vía de conversión, está subordinada a la condición de que el contenido de cada una de ellas se corresponda con el contenido de tantas declaraciones más, o sea de tantos votos más, cuantos sean necesarios para formar la mayoría exigida. Pero la idea que ahora examinamos se puede también poner en conexión, por otra parte, con la tesis que reconduce ciertos aspectos del fenómeno asociativo (en sentido amplio) fuera del ámbito conceptual del contrato; contra esta tesis se pronuncia también GALGANO, *op. ult. cit.*, II, 1º, pp. 255 y ss. (y también II, 2º, p. 227), afirmando que la construcción del concepto de contrato debe tener en cuenta la naturaleza propiamente contractual que en el sistema tienen los fenómenos asociativos. En este sentido, la deliberación dentro de la sociedad adquiere la naturaleza de fenómeno contractual que opera entre los socios, susceptible por ello de ser convertido en otro contrato (el de constitución de una nueva sociedad) entre los mismos sujetos. O más exactamente: las declaraciones individuales (votos) formulados en el seno de una asamblea social, si no son aptas para configurar una válida deliberación de transformación conforme a las reglas -contractuales- que regulan la sociedad, pueden ser aptas para configurar un contrato distinto de constitución por medio de la conversión.

⁴⁸³ Cass. 14.7.1983, n. 4.827, ya citada en nota 450.

⁴⁸⁴ Cass. 11.10.1980, n. 5.451, en *Giustizia civile*, 1982, 2ª, pp. 1.893 y ss., con nota de NUZZO, cit.

⁴⁸⁵ Vid. Cass. 29.11.1986, n. 7.064, y las otras sentencias citadas por GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 319 y n. 106.

⁴⁸⁶ El ejemplo es propuesto también por GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 404, n. 43.

consolidada en un sentido contrario a la admisibilidad de tal conversión⁴⁸⁷. Se afirma, según la fórmula acogida por la Casación, que, si bien los actos unilaterales pueden ser objeto de conversión, por aplicación de la norma del art. 1.324 (que considera aplicables a los actos unilaterales *inter vivos* de contenido patrimonial las normas que regulan los contratos, en cuanto sean compatibles con aquéllos), sin embargo tal principio no puede extenderse hasta el punto de justificar la conversión de un contrato nulo en un acto unilateral. Los argumentos utilizados al respecto son diversos: ante todo, el art. 1.424 prevé exclusivamente la hipótesis de la conversión de un "contrato" nulo en otro "contrato", no en un acto unilateral. En segundo lugar, la exigencia de que en el supuesto de hecho se den los requisitos de sustancia y forma del negocio subentrante y la referencia a la voluntad hipotética de las partes implican que en el negocio nulo se haya manifestado -como elemento esencial- la voluntad de ambas partes, y no ya la de una sola de ellas, respecto al acto sustitutivo; lo que no ocurriría en la pretendida conversión de un contrato, con el que las partes tratan de asumir obligaciones recíprocas, en un acto unilateral, con obligaciones para una sola parte. En fin, se afirma que la conversión, operando en el plano de las transformaciones jurídicas, no comporta -no puede comportar- la fragmentación del contrato en actos unilaterales con la atribución de efectos nuevos y distintos.

La tesis jurisprudencial ha sido acogida por la mayoría de la doctrina italiana sin reservas⁴⁸⁸. Sin embargo, no han faltado voces discrepantes, que han criticado los argumentos utilizados por la Casación, para afirmar que no hay ninguna razón lógica por la cual un contrato nulo no pueda convertirse en un acto unilateral válido. Así, se hace notar que la dicción literal del art. 1.424, que habla expresamente de conversión de un "contrato" en otro "contrato", debe considerarse como susceptible de una interpretación extensiva, no sólo respecto al negocio nulo (que unánimemente se considera que puede ser un acto unilateral), sino también respecto al negocio subentrante⁴⁸⁹. Se reconoce que los dos esquemas negociales (el original y el subentrante) deben darse entre los mismos sujetos; pero se considera que tal exigencia se cumple en el caso de conversión de un acto

⁴⁸⁷ La jurisprudencia alemana, por el contrario, ha admitido que un contrato pueda convertirse en un acto unilateral (p. ej., un contrato sucesorio en testamento); vid. GANDOLFI, *La conversione...2...*, cit., p. 267, y DILCHER, *op. cit.*, p. 494.

⁴⁸⁸ LEPRI, *op. cit.*, p. 837; CARRESI, *op. cit.*, p. 591, n. 95; GIANNITI, *op. cit.*, pp. 1.127-1.128; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, pp. 378-379; DE NOVA, *op. cit.*, p. 3. Algún matiz cabe apreciar en la posición de GALGANO, *op. loc. ult. cit.*, aunque, en términos generales, parece seguir la misma tesis.

⁴⁸⁹ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 267-268.

unilateral destinado a producir sus efectos entre los mismos sujetos del contrato nulo⁴⁹⁰. El "preconcepto" según el cual el acto subentrante debe considerarse también "querido" por los mismos sujetos del negocio original, y estar contenido en él, de modo que presente una analogía en cuanto a su estructura y efectos, debe ponerse en conexión, según estos autores, con la exigencia de una objetiva relación de continencia sustancial entre los dos negocios y con el esquema conceptual que tiende a fundar la conversión en la voluntad manifestada por los sujetos; concepción que no responde ni a la letra ni a la *ratio* de la norma y que, en consecuencia, debe rechazarse, por cuanto la conversión debe considerarse como susceptible de actuación cuando en el supuesto de hecho inválido estén presentes simplemente los requisitos de sustancia y forma de un acto distinto susceptible de satisfacer en una medida aceptable -aunque sea de un modo parcialmente distinto o más limitado- el interés de las partes⁴⁹¹. En otras palabras, se afirma que el criterio de valoración sobre el cual se funda la conversión se refiere exclusivamente a la conformidad del reglamento resultante de la conversión con el resultado práctico perseguido por las partes; y así, el único límite a la operatividad del mecanismo legal debe buscarse en el plano de los fines (el intento real de las partes), y no en el de la estructura del acto puesto en práctica⁴⁹². En fin, las mismas consideraciones llevan a rechazar el argumento contrario a la posibilidad de operar, vía conversión, una fragmentación del contrato en elementos más simples, como por ejemplo un acto unilateral⁴⁹³.

En definitiva, no parece que los argumentos contrarios a la convertibilidad de un contrato nulo en un acto unilateral sean definitivos y susceptibles de precluir esta vía de recuperación del negocio; la actuabilidad concreta de ésta deberá determinarse sobre la base de los criterios a los que hace referencia la misma norma y de su *ratio*. Y precisamente sobre la base de estos criterios puede encontrar explicación la exclusión de la conversión en alguna de las hipótesis antes señaladas: la no convertibilidad de la donación nula por defecto de forma en promesa de pago encuentra su justificación en la misma

⁴⁹⁰ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 404.

⁴⁹¹ GANDOLFI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹² NUZZO, *op. cit.*, p. 1898. Afirma el autor que no constituyen un obstáculo para la operatividad de la conversión "las características estructurales que el arreglo de intereses presentaba en la realidad material; aquellas características se refieren, en efecto, al dato empírico y (si nos liberamos de la sugestión de una relevancia del acto de autonomía precedente a la calificación por parte del ordenamiento) no asumen por sí mismas relieve en el plano formal". Por ello, en definitiva, considera susceptible de revisión crítica la tesis tradicional de la jurisprudencia, con base en su "escasa coherencia con el sistema del ordenamiento vigente".

⁴⁹³ GANDOLFI, *op. ult. cit.*, p. 268.

inviabilidad de la operación, que no podría mantenerse en vida tampoco bajo la configuración de una válida promesa de pago ⁴⁹⁴; el defecto de capacidad legal del mandatario es causa de anulabilidad, no de nulidad, del contrato, y por ello no cabe el recurso a la conversión, conforme a la tesis que hemos mantenido. En cambio, no podría excluirse *a priori* la convertibilidad de un mandato nulo en otorgamiento de un poder, o en promesa de venta de cosa ajena; o bien de un pacto sucesorio o de una donación *mortis causa* en testamento, cuando concurren los presupuestos exigidos por la norma.

D) El desequilibrio económico resultante de la conversión.

El discurso hasta ahora desarrollado nos lleva a considerar otro aspecto de la cuestión: el relativo al desequilibrio económico al que puede conducir la aplicación de la figura que estamos estudiando. En efecto, la conversión de un negocio nulo puede dar lugar a una nueva configuración comercial de la que se derive una composición de intereses distinta de la original y susceptible de determinar una desventaja económica para una de las partes. Un ejemplo claro sería precisamente el de la conversión de un contrato, del que debían surgir obligaciones recíprocas, en un acto unilateral con obligaciones a cargo de una sola de las partes; pero la hipótesis se puede plantear también en el caso de conversión de un contrato en otro contrato. No parece que la cuestión se haya planteado en la doctrina y en la jurisprudencia italianas ⁴⁹⁵; pero ha sido objeto de examen por parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas ⁴⁹⁶. Partiendo de la imposibilidad de una intervención judicial dirigida a alterar el contenido de las contraprestaciones con objeto de reestablecer el equilibrio original de las mismas, la jurisprudencia alemana ha buscado vías para hacer aplicable de todos modos la conversión; y así, ha buscado en la misma configuración del negocio nulo elementos de interpretación susceptibles de consentir un adecuado "retoque"

⁴⁹⁴ Así, GALGANO, *op. loc. ult. cit.*: "La no convertibilidad de la donación en promesa de pago deriva no sólo y no tanto de la naturaleza unilateral de la segunda, cuanto de la inviabilidad de la operación: la pretensión del promisorio encontraría su título en una promesa que lleva en sí misma la admisión de la falta de la relación de base, ya que la sentencia que actuase la conversión incluiría la mención, tanto de la *causa donandi* como del defecto de la forma requerida".

⁴⁹⁵ Una referencia a la cuestión se encuentra en MOSCO, *op. cit.*, p. 373; en la doctrina española, se refiere a ella LACRUZ, *op. cit.*, p. 396, cuando afirma que el negocio sustitutivo debe mantener un equilibrio de las prestaciones equivalente al del negocio-base.

⁴⁹⁶ Así, por ejemplo, en DILCHER, *op. cit.*, p. 494, quien recuerda la exigencia jurisprudencial de que en estos casos se mantenga la correspectividad de las prestaciones. Sobre el tema, vid. GANDOLFI, *La conversione...I...*, cit., pp. 290 y ss.

de las prestaciones ⁴⁹⁷; o bien ha valorado, en sede de investigación de la voluntad hipotética, la plena disponibilidad del sujeto que invoca la conversión a asumir el perjuicio que la operación pudiese comportar ⁴⁹⁸.

Del examen de la experiencia alemana se deduce que la norma del art. 1.424, aplicada en armonía con los principios del sistema, permite afrontar el problema del desequilibrio sobrevenido de las prestaciones resultante de la conversión con la necesaria flexibilidad, excluyéndose en consecuencia la posibilidad de negar *a priori* la aplicabilidad de la misma a hipótesis de este tipo. El examen global de los elementos del concreto supuesto de hecho, la investigación sobre la idoneidad del negocio subentrante para satisfacer la finalidad práctica de las partes (eventualmente, el juicio sobre la voluntad hipotética), y, en definitiva, los criterios de interpretación (art. 1.371 del *Codice*, correspondiente a nuestro 1.289) y de integración del contrato ya convertido, proporcionarán instrumentos suficientes para que sea posible juzgar sobre la oportunidad del tratamiento y sobre la posibilidad de mantener, dentro de los límites del respeto a la autonomía privada, el adecuado equilibrio de las contraprestaciones. Una interpretación extensiva del principio que permite el mantenimiento del contrato rectificado, sancionado por el legislador italiano en materia de rescisión (arts. 1.450 y 767- relativo éste último a la división hereditaria-), de excesiva onerosidad sobrevenida (arts. 1.467,3, 1.623 -sobre el

⁴⁹⁷ Así, si en el contrato se fijó la contraprestación en dinero en relación con un cierto período de tiempo, puede también considerarse -quedando a salvo la verificación de la "voluntad hipotética"- que en el supuesto de hecho inválido, tal como aparece configurado por las partes, está implícito el criterio para operar un "retoque" de la prestación en dinero con objeto de adecuarla a la reducción en sentido temporal de la contraprestación. En el caso considerado, se trataba de un contrato dirigido a la constitución de una enfiteusis, relación no contemplada por el catálogo cerrado de los derechos reales. El acto, inválido, es convertido en un contrato de arrendamiento de la misma duración de noventa y nueve años; pero, siendo aplicable al contrato de arrendamiento la norma que permite la denuncia, a iniciativa de cada una de las partes, para las relaciones de duración superior a los treinta años, y tras el transcurso de dicho término, resultaba incongruente el mantenimiento de la prestación en dinero, fijada globalmente para toda la duración originalmente atribuida al contrato. El Tribunal considera que, en caso de ejercicio de la facultad de denuncia, el Juez podrá, previa demanda del interesado, calcular proporcionalmente la cuantía del canon, y en consecuencia procede a dar actuación a la conversión. Vid. al respecto GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 292-293.

⁴⁹⁸ El supuesto de hecho es, en este caso, el de la venta de un apartamento situado en un edificio en copropiedad, nula por defecto de forma, en un contrato dirigido a la constitución de un "derecho permanente de habitación" sobre el mismo apartamento. La relación económica de las prestaciones resulta alterado en perjuicio de la parte que adquiere tal derecho limitado a cambio del pago del precio establecido originalmente para la venta; pero, siendo precisamente éste el sujeto que solicita la declaración de la conversión, el Tribunal la declara, considerando, sobre la base de la valoración global de las circunstancias, que concurren sus presupuestos, y singularmente la voluntad hipotética favorable a ella (recuérdese que el § 140 B.G.B. no hace mención de la finalidad práctica). Vid. GANDOLFI, *op. ult. cit.*, pp. 294-295.

arrendamiento- y 1.664 -contrato de obra-), y de error (art. 1.432), podría servir de apoyo para la solución del problema.

18. Figuras afines a la conversión.

Podemos concluir la caracterización de la conversión con el examen de las principales diferencias que el instituto presenta respecto a otras figuras del ordenamiento que aparecen como afines al mismo. En algunos casos las diferencias ya han sido puestas de manifiesto en el estudio hasta ahora desarrollado: así, la conversión aparece como claramente distinta de la rectificación del *nomen iuris* incorrectamente atribuido por las partes al negocio celebrado (*falsa demonstratio*), operación que está implícita en la actividad de calificación por obra del Juez⁴⁹⁹. Igualmente clara es la diferencia, aunque en el proceso histórico de configuración del instituto de la conversión se haya dado alguna confusión al respecto, entre aquella y el llamado "negocio con voluntad eventual o alternativa" (figura a la que en alguna ocasión se ha dado el nombre de "conversión voluntaria")⁵⁰⁰; hipótesis en la que las partes han previsto un negocio querido de modo principal, y otro, querido de modo subsidiario, para el caso de que el primero resulte nulo o ineficaz⁵⁰¹. Aún más evidente es la diferencia entre la conversión y la reproducción o renovación del contrato nulo, fundada en una nueva declaración negocial de las partes⁵⁰².

Claramente diferentes de la conversión son igualmente otros procedimientos de recuperación del acto defectuoso: la confirmación, aplicable a los contratos anulables, y consistente en una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, proveniente de la parte a la que corresponde la acción de anulación, con el efecto de sanar el contrato original y de precluir la acción de anulación; la ratificación, acto unilateral recepticio asimismo, por el cual la persona en nombre de la cual ha contratado el falso representante procede a sanar el originario defecto de poder representativo en éste último; o la

⁴⁹⁹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 312; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 537; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.146; RIERA AISA, *op. cit.*, p. 714.

⁵⁰⁰ Vid. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁵⁰¹ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 312; FEDELE, *op. cit.*, p. 697; CARRESI, *op. cit.*, pp. 593-594; RIERA AISA, *op. cit.*, p. 716.

⁵⁰² DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 134.

rectificación ⁵⁰³ del contrato viciado por error, o susceptible de rescisión o de resolución por excesiva onerosidad sobrevenida, que, ofrecida -por medio de un acto unilateral recepticio- por la parte a quien no afecta el vicio o no perjudica el desequilibrio económico del contrato, precluye el ejercicio de las correspondientes acciones, operando una modificación del contenido del contrato susceptible de reconducir éste a una situación de equilibrio económico.

En fin, queda fuera del ámbito de la conversión la especial regulación que de la nulidad y de sus consecuencias hace la ley, en relación a ciertos contratos, y en consideración a específicas razones de política legislativa que inciden en determinados sectores económicos: así, el mantenimiento de los efectos del contrato de trabajo nulo durante el tiempo en que la relación haya tenido ejecución, salvo que se trate de nulidad por ilicitud del objeto o de la causa. Así también, la irretroactividad de la sentencia que declara la nulidad del contrato de sociedad por acciones, que viene equiparada a una causa de disolución de la sociedad a efectos de su liquidación, y la sanación con efecto retroactivo del contrato nulo, en virtud de una modificación del acto constitutivo ⁵⁰⁴.

Otras figuras merecen un examen más detenido, aunque en el estudio realizado anteriormente ya nos hemos referido a algunas de ellas y a su relación con la conversión:

A) Nulidad parcial.

Ya hemos señalado anteriormente las diferencias que se dan entre las dos figuras y la inadecuada aproximación que a menudo se ha querido realizar entre ellas, ya sea sobre la base de la consideración de la conversión como una especie de "nulidad parcial cualitativa", en cuanto aplicación del mismo principio *utile per inutile non vitiatur*

⁵⁰³ Se trata en este caso de una figura expresamente regulada en el Código Civil italiano (arts. 1.432, 1.450, 1.467,3 y 1.468) y que no encuentra un equivalente directo en nuestro Código Civil, fuera de los casos previstos en los arts. 1.077 (lesión en la partición hereditaria) y 1.266,3 (error de cuenta); lo cual no obsta para que se hayan considerado admisibles en nuestro sistema remedios cercanos, como la posibilidad de impedir el ejercicio de la acción de rescisión mediante el ofrecimiento y abono del perjuicio causado (vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 528), o como la aplicación por la jurisprudencia de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* como medio para restablecer el equilibrio de las prestaciones (*ibidem*, pp. 319 y ss.).

⁵⁰⁴ Vid. arts. 2.126 y 2.332, en sus párrafos 2º, 3º y 5º del Código italiano, y el art. 35 del Texto Refundido de nuestra Ley de Sociedades Anónimas. Vid. también GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 273. Respecto a la justificación del especial régimen de nulidad en materia de sociedades por acciones, vid. *ibidem*, p. 697.

(FLUME, MIRABELLI) ⁵⁰⁵, ya sobre la base de la configuración de la nulidad parcial como una hipótesis de conversión ⁵⁰⁶. La referencia que el art. 1.419,1 del *Codice* hace a la voluntad hipotética de las partes (fórmula que también en este caso refleja la influencia, al menos nominal, que el dogma de la voluntad ejerce todavía en el Código de 1942) ⁵⁰⁷ puede explicar en parte la tendencia a aproximar las dos figuras.

Las diferencias entre ambas son, sin embargo, significativas: la nulidad parcial es una aplicación directa del principio *utile per inutile non vitiatur*, mientras que la conversión aparece como un mecanismo peculiar destinado a delimitar convenientemente la operatividad de los mecanismos de control de la autonomía privada establecidos por el ordenamiento, con el fin de hacer posible el desarrollo de la iniciativa negocial, evitando la sanción de nulidad que de la aplicación conforme a las reglas generales de tales mecanismos debería resultar ⁵⁰⁸. La referencia a la voluntad hipotética (§ 139 B.G.B. y art. 1.419,1 del *Codice*), tras la cual se esconde un juicio de esencialidad de la parte del contrato afectada por la nulidad, asume, en el caso de la nulidad parcial, una función negativa, en cuanto criterio para excluir que de la aplicación del mecanismo resulte un reglamento contractual que ya no sea reconducible a la autonomía privada de las partes. En materia de conversión, en cambio, la voluntad hipotética aparece como la fórmula que sintetiza el juicio de compatibilidad entre la finalidad práctica perseguida por las partes y el resultado económico que deriva del esquema negocial subterráneo; asume, por ello, una

⁵⁰⁵ Vid. cita en II, párrafo 7, n. 243; vid. también los autores citados por CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 281, n. 31.

⁵⁰⁶ BETTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 487-488.

⁵⁰⁷ Sobre el tema de la voluntad hipotética en sede de nulidad parcial, vid. ROPPO, *op. cit.*, pp. 700 y ss.

⁵⁰⁸ CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 281. No compartimos la tesis de FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 280, según la cual nulidad parcial, conversión y simulación relativa se pueden reagrupar en un mismo mecanismo de relaciones entre autonomía privada y ordenamiento jurídico". Dejando aparte el caso de la simulación relativa, a la que nos referiremos más adelante, la intervención del ordenamiento es fundamentalmente distinto en el caso de la conversión y en el de la nulidad parcial. En esta última, la intervención responde a una actuación directa de los mecanismos de control del ordenamiento con el fin de evitar una manifestación no admisible de la autonomía privada, aunque se considere que la relevancia del vicio, por otra parte claramente identificable como recayente sobre una parte definida del contrato, no tiene un alcance susceptible de justificar la completa anulación del acto. En el caso de la conversión, la intervención del ordenamiento tiende precisamente a dotar de la necesaria flexibilidad a los mismos mecanismos de control, en orden a evitar que de su aplicación automática se deriven consecuencias no deseadas y no justificadas por la misma *ratio* de las normas que los prevén. En este sentido parece pronunciarse CRISCUOLI cuando afirma que, "frente al carácter sancionador de la nulidad parcial, la conversión se presenta como una 'facilidad' concedida por el ordenamiento jurídico a la autonomía privada"; *op. cit.*, p. 282.

función positiva, como presupuesto del tratamiento ⁵⁰⁹. En el caso de la nulidad parcial, la sanción de nulidad afecta a una parte identificable del contrato, mientras que en la conversión es todo el contrato el que resulta implicado en la invalidez ⁵¹⁰; en este sentido, la nulidad parcial aparece como una solución prioritaria respecto a la conversión ⁵¹¹. En fin, el contrato parcialmente nulo es siempre identificable, desde el punto de vista causal, con el contrato originalmente celebrado, aunque con un contenido reducido, mientras que la conversión determina una mutación de la causa original del contrato; lo que normalmente se expresa afirmando que la nulidad determina un cambio cuantitativo del reglamento negocial, mientras que la conversión implica un cambio cualitativo, en cuanto que altera la calificación del acto negocial ⁵¹².

La diferencia entre conversión y nulidad parcial es también apreciable desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico, en el que, frente a las incertidumbres que ha planteado la primera, el mecanismo de nulidad parcial ha sido mayoritariamente admitido por la doctrina y aplicado por la jurisprudencia, aun faltando una norma equiparable a las de los Códigos alemán e italiano. Y es que, frente a las dificultades que, como veremos, se plantean a la hora de armonizar la conversión con los principios generales de nuestro sistema negocial, la viabilidad de un mecanismo de nulidad parcial puede deducirse sin demasiada dificultad tanto del concepto mismo de autonomía privada consagrado por el art. 1.255 ("Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"), como de la correcta interpretación de las normas que imponen la sanción de nulidad (Art. 6,3: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención") ⁵¹³.

⁵⁰⁹ CRISCUOLI, *op. cit.*, pp. 283 a 285. En el mismo sentido, pero independientemente de toda consideración a la voluntad hipotética, BETTI, "Conversione...", *cit.*, p. 811.

⁵¹⁰ CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 282; GANDOLFI, *La conversione...2...*, *cit.*, p. 305.

⁵¹¹ DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

⁵¹² D'ANTONIO, *op. cit.*, p. 264; GIANNITI, *op. cit.*, p. 1.145; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 285; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 538; MOSCO, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁵¹³ Vid., al respecto, LOPEZ FRÍAS, A.M.: "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 851 y ss., especialmente pp. 859 y 864, y bibliografía allí citada.

Mención aparte merece la hipótesis, sugerida por algún autor ⁵¹⁴, en la que la invalidez de una parte del contrato determine la subsistencia de un supuesto de hecho calificable como un contrato de naturaleza distinta. En este caso, como también en aquél en que la invalidez afecte precisamente a la parte correspondiente a uno de los tipos contractuales integrados en un contrato mixto, se afirma que no nos encontramos ante una hipótesis de conversión, sino de nulidad parcial. La cuestión no es de fácil solución, por cuanto debe ponerse en conexión con el más amplio problema de la naturaleza del contrato mixto y de los efectos que derivan de él. Teniendo en cuenta los diversos factores en juego, sin embargo, tendemos a seguir la opinión formulada por los autores que se han ocupado del tema, ya que en estos casos el cambio de calificación es meramente casual, y no responde a una específica intervención orientada a dar una nueva configuración a la iniciativa negocial de las partes, sino a la correspondencia del resultado de la nulidad parcial con un esquema negocial típico ⁵¹⁵.

B) Simulación relativa.

También se ha hecho referencia anteriormente a las diferencias que separan a la conversión y a la simulación relativa ⁵¹⁶. Diferencias que han sido puestas de manifiesto con toda claridad por la doctrina, debiendo considerarse superadas las opiniones que veían en la simulación relativa una hipótesis de verdadera conversión ⁵¹⁷, o bien detectaban una afinidad entre ambos institutos, dando relevancia a la supervivencia en los dos casos de la finalidad empírica ⁵¹⁸ o a la similitud de la fórmula legal, que en ambos exige la concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos de sustancia y forma del negocio al que se atribuye validez ⁵¹⁹. Se suele afirmar que en la simulación relativa el negocio disimulado es, en concreto, querido y realizado, aunque cubierto con el negocio simulado,

⁵¹⁴ MOSCO, *op. cit.*, pp. 275-276; RIERA AISA, *op. cit.*, p. 715.

⁵¹⁵ En Alemania, no obstante, se habla en estos casos de aplicación "sucesiva" de los mecanismos de nulidad parcial y conversión; vid. GANDOLFI, *La conversione...I...*, cit., pp. 23-24.

⁵¹⁶ Vid. *supra*, parágrafo 16, D).

⁵¹⁷ SATTA, *op. cit.*, p. 113.

⁵¹⁸ BUTERA: *Della frode e della simulazione*, II, Torino, 1936, p. 47.

⁵¹⁹ Vid. art. 1.414, 2 del Código italiano. BETTI, "Conversione...", cit., p. 812.

por lo que no hay nada que corregir o valorar; mientras que en la conversión la voluntad se dirige, en concreto, sólo al negocio que después resulta inválido ⁵²⁰.

Además, la operación dirigida a sacar a la luz el negocio oculto y real se realiza a través de procedimientos que no son propios del instituto de la conversión ⁵²¹. La intervención del ordenamiento, en el caso de la simulación relativa, no se dirige a permitir que las partes alcancen el resultado al que tendían, operando con ese fin ciertos "retoques" en el supuesto de hecho, como se ha afirmado, sin embargo, en algún caso ⁵²²; se trata más bien de poner de manifiesto la realidad de la operación efectivamente realizada, destruyendo la apariencia del negocio simulado, también querida por las partes. En la estructura de la simulación relativa, en efecto, la voluntad de los sujetos no se dirige solamente a la consecución de los efectos que derivan del contrato disimulado -para alcanzar éstos las partes no tendrían necesidad de ninguna asistencia por parte del ordenamiento, ya que les bastaría con celebrar abiertamente el negocio querido-, sino también a la creación de una apariencia jurídica distinta ⁵²³. Frente a ésta, el ordenamiento no trata de "asistir" a las partes, sino que se limita a disponer la vía para que tal apariencia pueda ser destruida, salvaguardando al mismo tiempo los intereses de los terceros que hayan confiado en ella. La validez y eficacia del negocio disimulado y la exigencia de que concurren sus requisitos de sustancia y forma no es más que la aplicación de las normas generales sobre los contratos; y el hecho de que tales requisitos puedan apreciarse en el contrato simulado se explica por la estructura unitaria del fenómeno de la simulación globalmente considerado ⁵²⁴. Nada tiene que ver, en consecuencia, dicha intervención con la que es propia de la conversión; la cual, por lo demás, tiene como presupuesto la ignorancia de la nulidad al menos en uno de los contratantes, lo que por sí mismo pone en claro la diferencia entre las dos figuras.

⁵²⁰ CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 312; FEDELE, *op. cit.*, p. 697; BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 538; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.146; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 143; DILCHER, *op. cit.*, p. 493.

⁵²¹ DISTASO, *op. loc. ult. cit.*, y también "Simulazione relativa...", cit., p. 551, n. 5.

⁵²² FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 283.

⁵²³ DISTASO, *op. ult. cit.*, p. 553.

⁵²⁴ DISTASO, *op. ult. cit.*, p. 554. En la jurisprudencia italiana prevalece la tesis según la cual para la validez de la donación disimulada basta la concurrencia de los requisitos de forma (acto público) en el contrato simulado; vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 329. Sobre la posición mayoritariamente contraria de la jurisprudencia española al respecto, vid., por todos, LACRUZ, *Elementos...*, cit., II, 2º, pp. 122-123.

C) Inserción y sustitución automática de cláusulas.

Debemos detenernos ahora en el examen de las diferencias que se dan entre la conversión y el mecanismo que opera cuando la ley impone un determinado contenido legal imperativo (cláusulas, precios de bienes o servicios, plazos máximos o mínimos, etc.), que viene a integrarse de derecho en el contrato en sustitución de las cláusulas no conformes establecidas por las partes; excluyéndose de este modo el que la nulidad de tales cláusulas pueda arrastrar consigo la de todo el contrato (mecanismo de nulidad parcial previo a la integración imperativa del reglamento negocial) (arts. 1.339 y 1.419,2 del Código italiano).

También se ha querido acercar este fenómeno a la conversión, e incluso se le ha considerado como una aplicación de ésta ⁵²⁵. Se trataría, según esta opinión, de una vía para reconducir el precepto de autonomía privada a la órbita de la legalidad, o para modificar un arreglo de intereses antisocial, reprobado en sí por el Derecho, despojándolo del vicio que le afecta y evitando su invalidez. Sin embargo, la *ratio* del fenómeno que ahora examinamos es sustancialmente distinta de la que subyace a la conversión. No se trata, en efecto, tanto de reconducir la iniciativa negocial dentro de los límites de la ley, como sucede con la conversión, cuanto de evitar la frustración de la finalidad de las normas que imponen un cierto contenido legal como inherente a un determinado supuesto de hecho en orden a la tutela de intereses generales ⁵²⁶. Como se ha subrayado acertadamente, la sustitución automática de cláusulas opera independientemente de toda consideración a la autonomía privada, aunque no necesariamente en contra de ella: el contenido legal se integra en el reglamento negocial, que resulta así mantenido en vida, sin modificar su naturaleza ⁵²⁷, conforme a un mecanismo distinto tanto de la conversión como

⁵²⁵ BETTI, "Conversione...", cit., p. 811. Siguiendo a BETTI, SARACINI, *op. cit.*, pp. 347 y ss., especialmente pp. 355-356, se pregunta si la conversión legal no debería ser considerada un caso común, privado de cualquier particularidad, de sustitución legal de cláusulas negociales; y si la conversión sustancial no debería considerarse como un caso particular de sustitución, en cuanto implica una diversidad cualitativa de efectos que opera solamente en presencia de los presupuestos del art. 1.424. Vid. también DE CUPIS, "Lineamenti...", cit., pp. 433-434, que entiende la hipótesis del art. 1.339 como un caso de conversión legal que tiene por objeto el contenido del contrato sin alterar su causa típica; sin embargo, la extraordinaria amplitud que el autor da al instituto de la conversión nos impide valorar convenientemente su opinión.

⁵²⁶ Sobre el tema en general en nuestro sistema, vid. GORDILLO CAÑAS, A.: "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal", en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pp. 101 y ss.; una referencia especial a las relaciones entre la sustitución de cláusulas contractuales y la conversión, en sentido coincidente con el expresado en el texto, en pp. 192 y 193.

⁵²⁷ MOSCO, *op. cit.*, p. 280.

de la nulidad parcial del art. 1.419,1⁵²⁸. Por otra parte, el efecto substitutivo puede operar como un remedio o sanción alternativa a la nulidad o invalidez del negocio (por ejemplo, cuando la norma imperativa prevé para su eventual violación una sanción pecuniaria o disciplinaria), en lugar de como un mecanismo complementario de la misma⁵²⁹; y puede, en fin, intervenir también en una fase sucesiva a la estipulación del negocio, lo que constituye otra diferencia respecto a los mecanismos de conversión y nulidad parcial⁵³⁰.

También desde el punto de vista de nuestro sistema negocial es fácil apreciar las diferencias entre el mecanismo en cuestión y la conversión, ya que aquél encuentra el fundamento de su inserción en nuestro sistema en el art. 1.258 ("Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley")⁵³¹ y en la necesidad de evitar el fraude a la ley⁵³².

D) Sanación excepcional del negocio nulo.

Los artículos 590 y 799 del Código italiano establecen que la nulidad de una disposición testamentaria o de una donación, sea cual sea la causa de la que derive, no puede hacerse valer por los herederos o causahabientes del disponente que, conociendo la

⁵²⁸ ZICCARDI, F.: "L'integrazione del contratto", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1969, p. 145; MOSCO, *op. cit.*, p. 237; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 229. En algún caso se niega incluso que en este caso nos encontremos todavía frente a un acto de autonomía privada; vid. FERRI, "Volontà del privato...", *cit.*, p. 284; MESSINEO, *Il contratto...*, *cit.*, p. 389; este último autor plantea en otro lugar la distinción entre los dos fenómenos desde un punto de vista voluntarista: exigencia de una voluntad dirigida al contrato subterráneo, en la conversión, irrelevancia en el caso de la sustitución automática de cláusulas; vid. la voz "Contratto", *cit.*, p. 944. Nos parece inconsistente la precisión de SARACINI, según la cual "las que 'contrastan' el intento negocial son las normas cogentes a las que se remite el art. 1.339, en el sentido de que éstas imponen límites a la autonomía privada: son estas normas, digo, y no la norma de que 'consta' el mismo art. 1.339, que sirve más bien para 'suavizar' el contraste, y precisamente de conformidad con el intento negocial"; *op. cit.*, pp. 353-354. En efecto, no se deduce del art. 1.339 ninguna consideración al intento negocial de las partes como límite de aplicación del mismo; ni se entiende por qué no debe considerarse como un límite a la autonomía privada, en el mismo sentido que las normas cogentes que señala el autor, una norma que, ciertamente, tiende a eliminar el contraste entre el contrato y tales normas, pero lo hace imponiendo la inserción del contenido de éstas en el contrato. Sobre la diferencia entre el fenómeno objeto de examen y la nulidad parcial ex art. 1.419,1, vid. ROPPO, *op. cit.*, pp. 716 y ss.; TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 905 y ss.

⁵²⁹ BARCELLONA, *op. cit.*, p. 157; en contra, TOMMASINI, *op. cit.*, p. 907.

⁵³⁰ BARCELLONA, *op. cit.*, p. 159; en contra, de nuevo, TOMMASINI, *op. cit.*, p. 907; ROPPO, *op. cit.*, p. 718, considera que en el caso previsto por los artículos 1.339 y 1.419,2, ya no tiene sentido hablar de nulidad.

⁵³¹ GORDILLO, *op. ult. cit.*, pp. 194-195; LOPEZ FRÍAS, *op. cit.*, pp. 859-860.

⁵³² DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 494-495.

causa de nulidad, han confirmado la disposición tras la muerte de éste o le han dado ejecución voluntariamente. Se trata de la llamada "sanación excepcional (o confirmación) del negocio nulo", figura dotada de un marcado carácter excepcional, y también ella considerada en algún caso como manifestación del instituto de la conversión, aunque se trate de una tesis antigua y fundada en un concepto de la conversión muy amplio ⁵³³. Sin embargo, no por ello pierde interés el examen, aunque sea breve, de la figura y de sus diferencias respecto al instituto de la conversión ⁵³⁴.

Al respecto conviene advertir, ante todo, que la misma expresión "sanación", habitualmente utilizada para hacer referencia al fenómeno, no responde a la verdadera naturaleza del fenómeno, por cuanto el negocio nulo permanece siempre como tal ⁵³⁵. Siendo muy discutida la naturaleza del instituto ⁵³⁶, parece con todo que cabe compartir la tesis según la cual la confirmación y la ejecución voluntaria de la disposición nula (confirmación tácita) ⁵³⁷, procediendo de un sujeto distinto del autor de ésta, tienen una naturaleza autónoma respecto a ella desde el punto de vista estructural, estando sin embargo conectadas a ella desde el punto de vista teleológico en virtud de una específica intervención legal. Intervención que, considerando las singularidades del caso (imposibilidad de renovación del acto; carácter gratuito del mismo, que simplifica el problema del arreglo de intereses planteado por el acto nulo; atribución de la iniciativa de la operación a los beneficiados por los intereses que la nulidad pone de manifiesto),

⁵³³ Así, en CHIRONI, cuya tesis es acogida y compartida por FINZI, *op. cit.*, pp. 49 y ss. Los autores explican la sanatoria del testamento nulo por defecto de forma en términos de conversión, "pero conversión en un sentido nuevo y más amplio, apto para comprender no sólo 'el hecho de la nueva figura jurídica que, ocupando el puesto de la antigua no válida, obtiene la misma finalidad', sino también el hecho de la nueva figura que se introduce en la antigua dándole virtualidad". En consecuencia, se afirma que "nada excluye que (...) pueda apreciarse como apoyo de la misma relación de sucesión hereditaria la 'conversión' del testamento nulo por defecto de forma, en otro acto complejo, que resulta de la declaración de voluntad informal del *de cuius* integrada por la adhesión explícita de la voluntad del heredero natural".

⁵³⁴ Vid. bibliografía sobre el tema en TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 892 y ss. Sobre la admisión de esta figura por la jurisprudencia española, vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., 4ª ed., Madrid, 1988, vol. IV, p. 331; según estos autores, "esta orientación supone una restricción muy importante al juego de la regla tradicional según la cual lo absolutamente nulo no es sanable ni convalidable".

⁵³⁵ FERRARI, *op. cit.*, p. 528; TOMMASINI, *op. cit.*, p. 893; FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero dell'atto invalido", en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 7 y 38.

⁵³⁶ Un examen crítico de las principales teorías al respecto (imposibilidad de ejercitar la acción de nulidad por el que confirma, cumplimiento de obligación natural, teoría de la sanatoria), en FERRARI, *op. cit.*, pp. 526 y ss. Vid. también FERRI, *op. ult. cit., passim*, especialmente pp. 19 y ss.

⁵³⁷ GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 844.

permite la consecución de unos efectos prácticos análogos a los que habrían derivado del correspondiente acto válido, en orden a la tutela de la voluntad efectiva del *de cuius* ⁵³⁸.

Tal eficacia se vincula por la ley al llamado "negocio de confirmación", acto unilateral de atribución a favor de terceros, cualificado por la existencia de una *causa firmandi*, es decir, de un *animus* de actuar la voluntad del *de cuius* ⁵³⁹. El negocio de confirmación, dándose los presupuestos de existencia efectiva de una voluntad atributiva del *de cuius* y del conocimiento de la nulidad por parte del que confirma ⁵⁴⁰, se inserta como acto accesorio e integrativo en un supuesto de hecho complejo que encuentra su origen en el acto inválido ⁵⁴¹, y al que el ordenamiento vincula ciertos efectos. Estos efectos, como decíamos antes, no son idénticos a los que habría podido producir el acto nulo, sino análogos desde el punto de vista práctico; en particular, ha de subrayarse el hecho de que la confirmación tiene una eficacia limitada al sujeto que la realiza, y no precluye el ejercicio de la acción de nulidad por parte de los otros sujetos legitimados que pudiera haber ⁵⁴².

En definitiva, a la vista de cuanto hemos dicho resulta clara la radical diferencia que se da entre la sanación del negocio nulo y la conversión. La primera constituye una vía excepcional para dar actuación a los efectos prácticos que habría podido producir un negocio que ha sido calificado como nulo, y que no recupera en ningún caso su validez; la conversión es en cambio un mecanismo orientado a evitar la nulidad del negocio. La operatividad de la sanación depende de la concurrencia de un acto nuevo y distinto del acto inválido, incluso desde el punto de vista subjetivo, como es la confirmación; la conversión se opera por medio de una nueva valoración del mismo supuesto de hecho negocial. En fin, la conversión determina la definitiva validez del negocio, mientras que la sanación operada conforme a los artículos 590 y 799 puede resultar frustrada si la acción de nulidad es ejercitada por otro legitimado que no haya confirmado el acto nulo.

⁵³⁸ FERRARI, *op. cit.*, pp. 530-531; TOMMASINI, *op. loc. cit.*; GAZZONI, F.: "La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma", en *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 269 y ss.

⁵³⁹ GAZZONI, *op. cit.*, p. 277. Niega la naturaleza negocial de la confirmación y de la ejecución voluntaria FERRI, *op. ult. cit.*, p. 39, para quien se trata de actos jurídicos en sentido estricto.

⁵⁴⁰ GAZZONI, *op. cit.*, pp. 280 y 283.

⁵⁴¹ TOMMASINI, *op. cit.*, p. 893.

⁵⁴² GALGANO, *op. loc. ult. cit.*; FERRARI, *op. cit.*, p. 530, n. 38. No compartimos la tesis de FERRI, *op. ult. cit.*, p. 46, según la cual "la cuota de quien ha sanado, no corresponderá al otro heredero legítimo que

19. Algunos ejemplos de conversión.

Puede ser útil concluir el presente estudio con la exposición de algunas aplicaciones concretas del instituto de la conversión en la realidad jurídica de los ordenamientos que lo acogen expresamente, al objeto de verificar en qué medida la conversión aparece como un instrumento eficaz y, al menos potencialmente, operativo en la práctica.

Hay que advertir, ante todo, que el instituto de la conversión ha sido aplicado con mayor amplitud en Alemania que en Italia. A ello ha contribuido de forma decisiva la gran flexibilidad con la que se han manejado en aquel país los criterios establecidos por el § 140 B.G.B., especialmente el recurso a la voluntad hipotética de las partes. Por otra parte, la especial estructura del sistema negocial y la variedad de esquemas negociales -dotados de alcance y funciones diversas- que ofrece el ordenamiento alemán para conseguir determinados fines económicos ⁵⁴³ favorece, indudablemente, el que los sujetos gocen de numerosas alternativas a la hora de elegir una determinada configuración jurídica para su relación de intereses.

Es evidente que en este contexto la conversión encuentra amplias posibilidades de actuación, especialmente por lo que se refiere a los negocios nulos por defecto de forma y a los que infringen la tipicidad operante en determinados ámbitos negociales ⁵⁴⁴. Así, la distinción entre negocios obligatorios y negocios reales o de disposición permite convertir la constitución de un derecho real de tanteo en la de un derecho de tanteo obligacional, o la pignoración de una hipoteca o de una deuda inmobiliaria, nula por defecto de forma, en la concesión de un derecho obligacional de retención sobre la escritura de constitución de la hipoteca o de la deuda inmobiliaria ⁵⁴⁵; la vigencia, en el ámbito de los negocios de disposición, de un principio de tipicidad, abre paso a la conversión de una transmisión de

haya, por hipótesis, ejercitado eficazmente la acción de nulidad, sino al beneficiario de la disposición parcialmente sanada". El mismo autor mantiene la tesis opuesta respecto a la hipótesis del art. 799, pp. 48-49.

⁵⁴³ Vid. al respecto LARENZ, *op. cit.*, pp. 428 y ss., y GANDOLFI, "Il principio di conversione...", *cit.*, p. 213.

⁵⁴⁴ LARENZ, *op. cit.*, p. 644. Sobre las diferencias esenciales que en este punto se dan entre los sistemas alemán e italiano y el sistema español, y sobre la relevancia que este dato adquiere en orden a la diferente valoración sobre la "necesidad" de la conversión como mecanismo de "flexibilización" del sistema, vid. *infra*, III, parágrafo 6.

⁵⁴⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 644.

usufructo, prohibida por la ley, en la cesión de su ejercicio, admitida expresamente ⁵⁴⁶. La distinción entre negocios causales y abstractos es el fundamento de los diferentes supuestos de conversión admitidos por la doctrina (con menos amplitud, por la jurisprudencia) en materia de títulos-valores ⁵⁴⁷; la diversidad de figuras negociales *lato sensu* sucesorias (testamento, contrato sucesorio, donación *mortis causa*), también ellas sometidas a un principio de tipicidad, hace posible la conversión de una promesa de donación *mortis causa*, inválida por defecto de forma, en un testamento ológrafo ⁵⁴⁸, la de un contrato sucesorio ineficaz por la menor edad de uno de los contratantes, en testamento ⁵⁴⁹, o la del llamado *Übergabevertrag* en contrato sucesorio ⁵⁵⁰.

Por contra, se ha subrayado en diferentes ocasiones el hecho de que las aplicaciones jurisprudenciales de la conversión en Italia son más bien escasas ⁵⁵¹. Entre ellas podemos mencionar las siguientes: conversión de un arrendamiento de inmueble por tiempo superior a nueve años, otorgado por un párroco sin la autorización del superior eclesiástico - autorización necesaria para los actos que excedan de la administración ordinaria, según el ordenamiento canónico-, y en consecuencia nulo, en arrendamiento por una duración de nueve años ⁵⁵²; conversión de un contrato de agencia, celebrado por un agente no inscrito en el correspondiente registro, en contrato atípico de libre promoción de negocios (hipótesis cuya convertibilidad se ha rechazado en otras decisiones) ⁵⁵³; conversión de un contrato por el cual un museo asume la obligación perpetua de tener a disposición de una fundación un local (para ubicar en él la sala de la "Campana de los Caídos"), y de prestar el servicio de hacer sonar la campana, a cambio de una contraprestación, en contrato por

⁵⁴⁶ *Ibidem*. Vid § 1.059 B.G.B.

⁵⁴⁷ MAYER-MALY, *op. cit.*, p. 875.

⁵⁴⁸ LARENZ, *op. loc. cit.*

⁵⁴⁹ MAYER-MALY, *op. loc. cit.*

⁵⁵⁰ GANDOLFI, *La conversione...I...*, cit., p. 205, n. 30. El llamado *Übergabevertrag* es un contrato *inter vivos* con el cual una persona transmite una empresa agrícola o industrial propia con el fin específico de actuar anticipadamente los efectos de su sucesión hereditaria; *ibidem*, p. 233.

⁵⁵¹ DE NOVA, *op. cit.*, pp. 2 y 3; vid. en p. 4 una lista de los casos en que la convertibilidad del contrato nulo ha sido rechazada por los Tribunales italianos; también GANDOLFI, "Il principio di conversione...", cit., p. 212; FERRI, "Volontà del privato...", cit., p. 280, n. 13.

⁵⁵² Vid. nota 447.

⁵⁵³ Vid. nota 465 y ss.

tiempo determinado ⁵⁵⁴; conversión de un despido por justa causa que, no pudiendo valer como tal por defecto de ésta, debería valer como despido *ad nutum*, conforme al art. 2.118 ⁵⁵⁵; conversión de la deliberación social de transformación de la sociedad que, nula en cuanto tal, puede valer como acto constitutivo de una nueva sociedad ⁵⁵⁶; conversión de la deliberación asamblearia de segunda convocatoria (en una sociedad de capital), nula en virtud de la previa nulidad -por no ser redactada por notario- del acta de la asamblea extraordinaria de primera convocatoria al no haberse alcanzado el número legal, en deliberación de primera convocatoria ⁵⁵⁷.

Entre las hipótesis propuestas por la doctrina italiana podemos mencionar las siguientes: conversión de una transacción nula por falta de las recíprocas concesiones en una fijación de la relación controvertida ⁵⁵⁸; conversión de una cláusula *de non alienando*, con eficacia real, nula, en una cláusula *de non alienando* con eficacia meramente obligatoria ⁵⁵⁹; conversión de una financiación pública nula por violación de normas imperativas que establecen la finalidad pública de tal financiación, en relación de crédito ordinaria ⁵⁶⁰; conversión en arrendamiento de un contrato oneroso constitutivo de usufructo, nulo por defecto de forma ⁵⁶¹; conversión de una venta de herencia nula por defecto de forma en venta de los bienes muebles que la componen; conversión de un

⁵⁵⁴ Tribunal de Apelación de Firenze, 19.6.1980, en *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 102. DE NOVA, *op. cit.*, p. 4, critica la errónea referencia que la sentencia hace al artículo 1.419. Vid. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 412, quien, tras recordar la opinión común según la cual la inadmisibilidad de vínculos contractuales perpetuos es un principio de orden público, cuya violación determina la nulidad del contrato, propone la convertibilidad del contrato perpetuo en contrato por tiempo determinado, con facultad de denuncia de las partes.

⁵⁵⁵ Cass. 28.10.1959, n. 3.158; Cass. 16.7.1958, n. 2.612; cita en BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 538.

⁵⁵⁶ Trib. Roma 13.2.1947, en *Foro it.*, 1947, I, p. 933. Vid. nota 482.

⁵⁵⁷ Trib. Montepulciano, 15.11.1962, en *Foro padano*, 1963, I, pp. 1.166 y ss., con nota de RAFFAELLI, cit. Vid. nota 482.

⁵⁵⁸ STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, reimp., Padova, 1961, p. 72; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.141. A nuestro juicio, en una hipótesis como ésta podría tratarse de un simple problema de calificación más que de un caso de conversión.

⁵⁵⁹ FEDELE, *op. cit.*, p. 698; vid., sin embargo, lo que se dijo a propósito de la pretendida conversión legal del art. 1.029,2º, sobre la incongruencia de admitir una conversión de efectos obligatorios en reales. Las mismas razones (exclusiva competencia legal sobre la producción del efecto real) nos llevan a excluir asimismo la conversión de un efecto real en un efecto obligatorio, siendo éste el único que el contrato, por sí mismo y de modo inmediato, puede producir. Y efecto que de hecho produce, aun excluyéndose por la ley el efecto real buscado por las partes, independientemente de cualquier mecanismo de conversión.

⁵⁶⁰ GALASSO, A.: Voz "Finanziamenti pubblici", en *Novissimo Dig. It.*, Apéndice, III, Torino, 1982, p. 778, cita en DE NOVA, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶¹ BIANCA, *op. cit.*, p. 594.

contrato de licencia de patente nulo en un contrato de *know-how*⁵⁶²; conversión de la novación de una obligación, ya en situación de mora, en remisión de los efectos de la mora⁵⁶³; conversión de la subenfiteusis por veinte años (nula según el art. 968 del Código italiano) en arrendamiento por veinte años⁵⁶⁴; conversión de un acto formulado como simple reconocimiento o confirmación de un negocio precedente, cuya nulidad sea verificada posteriormente, en renovación con efectos constitutivos *ex nunc* del mismo negocio⁵⁶⁵; conversión de la constitución de sociedad en nombre colectivo o comanditaria simple, faltando el acto escrito, en constitución de sociedad simple⁵⁶⁶; conversión de la venta (o donación) de un derecho de propiedad limitado en el tiempo en venta (o donación) del derecho de usufructo⁵⁶⁷; etc.

Como se puede observar, también en Italia las posibilidades de aplicación de la conversión en la práctica son relativamente amplias, al menos en abstracto. Sin embargo, hemos de recordar el riesgo que implica necesariamente la propuesta de ejemplos "típicos" de conversión; la viabilidad o no de este mecanismo dependerá siempre de las circunstancias del caso concreto: especialmente, por lo que se refiere a la concreta causa de nulidad y a la finalidad económica perseguida por las partes⁵⁶⁸. Por ello, aunque no parece del todo justificada la opinión de quienes consideran extremadamente limitada la casuística reconducible al ámbito del instituto⁵⁶⁹, será en último término la actitud de la jurisprudencia la que habrá de servir como banco de pruebas en cuanto a la verdadera utilidad de la conversión en el sistema. En definitiva, la posterior evolución del fenómeno en Italia dependerá de la capacidad de la jurisprudencia para superar concepciones que, sin responder al fundamento ni al mecanismo del instituto, hacen sumamente difícil su

⁵⁶² Los últimos ejemplos son propuestos por DE NOVA, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶³ BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 538; BETTI, *Teoria generale...*, cit., p. 511; DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.147.

⁵⁶⁴ GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 316.

⁵⁶⁵ DISTASO, *I contratti...*, cit., p. 1.144, ve en este caso un mero problema de interpretación del acto; pero, a nuestro entender, podría tratarse de un caso de verdadera conversión de un negocio nulo por imposibilidad del objeto.

⁵⁶⁶ BARBERO, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁶⁷ CARRESI, *op. cit.*, p. 592.

⁵⁶⁸ Circunstancias éstas que, por otra parte, habrá que tener en cuenta de modo muy especial cuando se intente trasladar a un sistema como el español supuestos de conversión que, teniendo sentido en otros ordenamientos, pueden no tenerlo en el nuestro.

⁵⁶⁹ MESSINEO, *Il contratto...*, cit., p. 389; DE NOVA, *op. cit.*, p. 2.

aplicación práctica ⁵⁷⁰; pero, aun en el caso de que así sea, hay que reconocer que, probablemente, la mayor flexibilidad del sistema negocial italiano respecto al alemán permitirá en muchos casos a los Tribunales de este país llegar a soluciones prácticas muy próximas a las que se podrían obtener por medio de la conversión sin necesidad de recurrir a un mecanismo tan problemático. En todo caso, creemos que la observación de la práctica jurisprudencial italiana en materia de conversión podrá servir de gran ayuda a la hora de valorar la verdadera utilidad del instituto y la conveniencia de buscar su adaptación a nuestro propio sistema.

⁵⁷⁰ Vid. al respecto *supra*, parágrafo 7.

TERCERA PARTE

LA CONVERSIÓN EN ESPAÑA

1. La actitud de la doctrina española. Argumentos favorables a la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema.

La doctrina española ha mostrado tradicionalmente su interés por el instituto de la conversión; si bien hay que advertir inmediatamente que tal interés se ha manifestado sobre todo en manuales y tratados, y sólo en contadas ocasiones ha cristalizado en estudios monográficos sobre el tema⁵⁷¹. El Código Civil de 1889, inspirado en el modelo del *Code* francés, no contiene, como es sabido, ninguna norma de alcance general relativa a la conversión. PUIG PEÑA⁵⁷² apuntaba la posibilidad de reconocer un precepto de carácter general favorable a la conversión del contrato nulo en el art. 1.276 del Código, a tenor del cual “la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”. Sin embargo, el precepto en cuestión suele entenderse referido más bien a los supuestos de simulación relativa o a los de error en la causa⁵⁷³, y no tiene nada que ver con el tema de la conversión⁵⁷⁴. En efecto, el art. 1.276 hace referencia a una segunda causa, verdadera y lícita, pero presente ya en el contrato original, lo que podría, en todo caso, afirmarse de un contrato con voluntad eventual, pero no de la conversión en sentido propio, en cuanto que ésta implica una mutación de la causa del contrato operada por la Ley, dentro de los límites del interés de

⁵⁷¹ En realidad, como estudios específicos del tema en nuestro país sólo cabe citar la monografía de DE LOS MOZOS, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959, y los trabajos de RIERA AÍSA (Voz “Conversión (del negocio jurídico)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, Barcelona, 1953, pp. 713 y ss.) y VALLET (“Donación, condición y conversión jurídica material”, en *A.D.C.*, V, 1952, pp. 1.204 y ss.).

⁵⁷² *Compendio de Derecho Civil español*, t. I, 2.^a ed., Pamplona, 1972, p. 887.

⁵⁷³ Sobre el tema, vid. LACRUZ, *Elementos...*, cit., II, 2^o, 2^a ed., Barcelona, 1987, pp. 174 y ss.

⁵⁷⁴ Así lo reconoce también DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 108, n. 307, y p. 147, n. 402; de todos modos, el autor, siguiendo la línea de MOSCO, que ya hemos criticado anteriormente, parte de la consideración según la cual “la conversión tiene su base en el objeto del negocio y la causa no puede darnos más que la cualificación de ese objeto, evidenciándonos su imposibilidad”.

las partes, pero independientemente de cualquier previsión específica de éstas. Por otra parte, el hecho de que el negocio efectivamente realizado por las partes, valorado conforme a su causa concreta originaria, esté abocado a un resultado de nulidad, no autoriza a hablar de “causa falsa”.

A pesar de la inexistencia de un precepto legal que de modo expreso autorice la aplicación de un mecanismo de conversión sustancial como remedio de alcance general (en la línea del § 140 B.G.B. o del art. 1.424 del C.c. italiano), la doctrina mayoritaria suele pronunciarse en un sentido favorable a su admisibilidad en nuestro sistema ⁵⁷⁵; considerándose aplicable el mismo, por algún autor, no sólo a los negocios nulos, sino también a los anulables o simplemente ineficaces ⁵⁷⁶. Los argumentos esgrimidos a favor de esta tesis son básicamente los siguientes:

a) Nuestro ordenamiento positivo prevé diferentes hipótesis singulares de conversión formal y legal, que pueden considerarse expresión de un principio más amplio ⁵⁷⁷.

b) El mecanismo de conversión no es extraño a la tradición jurídica española, como lo demuestra la existencia de diversos precedentes de esta figura en nuestro Derecho histórico ⁵⁷⁸.

c) La ausencia de una norma positiva de carácter general no es óbice para la admisibilidad de un mecanismo de conversión sustancial, cuyo fundamento cabría encontrar en los principios generales de nuestro sistema negocial, especialmente los de buena fe, conservación del negocio y autonomía de la voluntad ⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ VALLET, *op. cit.*, pp. 1.307 y 1.322, niega que sea necesaria una expresa autorización legal para la operatividad de la conversión en el sistema; y alega en apoyo de esta afirmación la aceptación del principio de conversión por parte de la doctrina y la jurisprudencia italianas bajo la vigencia del Código de 1865.

⁵⁷⁶ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 162: “La conversión es aplicable, no solamente a la nulidad del negocio jurídico, sino también a los negocios anulables, una vez que se haya producido la anulación (...), pero únicamente (...) cuando la causa de la anulación radique en la falta de capacidad de obrar o en la infracción de determinadas normas de carácter prohibitivo que no lleven aparejada nulidad, sino solamente anulabilidad (...). Asimismo, puede extenderse la conversión a los negocios ineficaces propiamente dichos, solamente en dos supuestos, cuando ésta dependa de causa no imputable a la voluntad de las partes y cuando se la haga depender de la omisión de algún requisito legal (...). En cambio, no es aplicable la conversión a los negocios inexistentes (...). Ni tampoco a los nulos por ilicitud en todos sus grados, ni aquellos en los que la falta de forma es requerida como requisito *ad solemnitatem*, o a los negocios que se establecen en favor de persona indeterminada”. Vid. también pp. 123 y ss.

⁵⁷⁷ Vid. *infra*, III, parágrafo 2.

⁵⁷⁸ Vid. *infra*, III, parágrafo 3.

⁵⁷⁹ Vid. *infra*, III, parágrafo 4.

d) La admisión de la conversión permite dar solución a problemas concretos que de otra manera se resolverían en un sentido poco conforme con las exigencias de justicia y seguridad que deben presidir el ordenamiento jurídico ⁵⁸⁰.

Antes de entrar en un estudio pormenorizado de la mayor o menor solidez de los argumentos así propuestos, quizá convenga desbrozar en cierta medida el camino. Entre los fenómenos legales que ocasionalmente se trata de reconducir al ámbito de la conversión, se mencionan determinados supuestos que, a nuestro entender, son totalmente ajenos a dicho instituto, como resulta con toda claridad de lo que hasta ahora llevamos dicho sobre el sentido propio de esta figura jurídica:

a) No plantean supuestos de conversión aquellas normas que se limitan a resolver problemas de calificación, y cuyo presupuesto de aplicación es precisamente la atribución por las partes de un *nomen iuris* incorrecto al negocio por ellas celebrado o, eventualmente, la novación del contrato por variación de sus “condiciones principales” (art. 1.203,1º): así ocurre con el contenido de los arts. 1.741 y 1.768 (a pesar de que éste último afirma que “el contrato...se *convierte* en préstamo o comodato”) ⁵⁸¹.

b) Se mencionan asimismo preceptos que se limitan a hacer una remisión normativa, con objeto de atribuir una reglamentación -prevista para un supuesto de hecho distinto-, considerada por el legislador como adecuada para una determinada composición de intereses, pero sin alterar con ello su naturaleza (así, los arts. 1.669 y 1.451 del C.c., el art. 729 del C. de Com., el antiguo art. 1.318,2 del C.c., o el art. 2,2º de la Ley sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos de 17 de julio de 1965) ⁵⁸².

⁵⁸⁰ Vid. *infra*, III, parágrafo 6.

⁵⁸¹ Art. 1.741: “(...) Si interviene algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato”. Art. 1.768: “Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato”. No compartimos la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (al parecer, abandonada en las últimas ediciones de su manual), cuando ven en el art. 1.741 un caso de conversión “material”, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 3ª ed., Madrid, 1982, p. 119; tampoco la de RUIZ SERRAMALERA, *Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1980, p. 377, que considera los dos preceptos como ejemplos de conversión material, aun reconociendo que “no nos encontramos ante una nueva calificación sino ante una calificación previa atendiendo al resultado final del negocio”. Coincide con nuestra opinión la de LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Manual para economistas*, Madrid, 1987, p. 462, quien considera el art. 1.741 como una hipótesis de “calificación convencional errónea”.

⁵⁸² El art. 1.669 recoge el supuesto de la llamada “sociedad interna”: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se registrará por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487, n. 56: “En el art. 1.669 no hay conversión, sino simple distinta regulación, según haya o no haya publicidad”; en el mismo sentido, RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*, p. 378, n. 49;

c) En algún caso se quiere ver una hipótesis de conversión en normas que simplemente establecen los efectos derivados de un determinado contrato, en conexión con el régimen jurídico de un supuesto de hecho más complejo en el que tal contrato se integra (p. ej., arts. 399 y 597) ⁵⁸³.

VALLET, *op. cit.*, p. 1.311, n. 320, lo considera un caso de “sustitución legal coactiva”; ALBALADEJO recuerda que las normas de la comunidad de bienes se aplican “al sustrato material o fondo común” formado por las aportaciones de los socios, precisamente en la medida en que, no habiendo una sociedad dotada de personalidad jurídica propia (y, por tanto, tampoco un patrimonio social), ese fondo común no es otra cosa que una comunidad de bienes; lo que no obsta para que el contrato de sociedad como tal continúe produciendo los efectos propios de su naturaleza; *Derecho Civil*, cit., II, 2º, 8ª ed., Barcelona, 1989, p. 326, n. 2. Art. 1.451: “Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro”; norma que se limita a subrayar la diferente regulación aplicable al contrato preliminar de compraventa y al contrato definitivo. Art. 729 C. de Com.: “No llegando a ponerse en riesgo los efectos sobre que se toma dinero, el contrato de préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo quedará reducido a un préstamo sencillo, con obligación en el prestatario de devolver el capital e intereses al tipo legal, si no fuere menor el convenido”; vid. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 369, quienes hablan en este caso de “conversión formal”; y VALLET, que lo considera, en cambio, como un supuesto de conversión material, *op. cit.*, p. 1.307. No consideramos aceptable la calificación como conversión, a pesar de la presencia de la locución “quedará reducido”, que parece implicar una mutación de la naturaleza del contrato operada en virtud de la intervención legal. Por último, el art. 2.2 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos dispone: “También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos”. Para DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 1988, p. 319, “se trata de una conversión del contrato, por imperativo legal, en otro de venta a plazos”. Sin embargo, no creemos que la finalidad del precepto sea “convertir el contrato en cuestión en una venta a plazos, sino más bien ampliar el ámbito de aplicación de la ley a aquellas otras iniciativas negociales que puedan cumplir una función económica sustancialmente idéntica a la venta a plazos (arrendamiento o depósito con opción de compra, eventualmente el “leasing”, etc.), sin que ello implique una mutación de su naturaleza jurídica. Por último, ZORRILLA RUIZ, en sus notas al *Derecho Civil* de CARBONNIER, II, II, 1ª ed. francesa, Barcelona, 1971, p. 375, señala como posible ejemplo de conversión legal el antiguo art. 1.318.2 (reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo), relativo a las capitulaciones matrimoniales otorgadas por un menor de edad: “En el caso de que las capitulaciones matrimoniales fueran nulas (por carecer del concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la Ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales”. Sin embargo, el régimen de gananciales en este caso se aplicará como disciplina legal y no negocial, por lo que no hay lugar a conversión alguna; así se deduce del art. 1.316 (equivalente al antiguo 1.315,2).

⁵⁸³ Art. 399: “Todo condeño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condeños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad”. Art. 597: “Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido”; vid. LACRUZ, *op. cit.*, I, 3º, p. 395; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 148, al advenir la existencia de un caso de conversión en el art. 597, presupone la nulidad del “derecho concedido (...) por un condeño sin la concurrencia de los otros, premisa que no nos parece evidente, en cuanto que el precepto en cuestión viene precisamente a excluir la ineficacia de tal declaración, y sirve más bien para delimitar su eficacia. La hipótesis contenida en este último precepto ha dado lugar también en Italia a la discusión sobre la concurrencia en ella (art. 1.059 del Código italiano) de un caso de verdadera conversión; vid. II, parágrafo 5. Sin embargo, tratándose de fórmulas casi equivalentes, la presencia en el precepto español del segundo párrafo (ausente en el Código italiano) pone de manifiesto con toda claridad que en este caso la intervención legal consiste en atribuir a la declaración del copropietario una determinada eficacia temporal, que excluye por sí misma la legitimidad de un comportamiento contrario a la misma declaración. Lo que, por lo demás, ha de ponerse

d) Un carácter meramente interpretativo tienen, en fin, algunas normas relativas a disposiciones testamentarias a favor de personas indeterminadas ⁵⁸⁴.

2. Hipótesis de conversión formal y de conversión legal.

Tradicionalmente se han mencionado los arts. 715 y 1.223 del C.c. como las más claras manifestaciones del instituto de la conversión en nuestro Derecho ⁵⁸⁵. Se trata, como sabemos, de hipótesis de conversión formal, similares a las existentes en los otros Códigos latinos del XIX, y que aún en el Código italiano de 1942 tienen una regulación propia y distinta de la conversión regulada por el art. 1.424. Ya hemos examinado en otro lugar ⁵⁸⁶ las notables diferencias que separan las hipótesis de conversión formal y el mecanismo de conversión material o sustancial, más allá de la coincidencia terminológica. Baste recordar ahora que la llamada “conversión formal” opera exclusivamente en el plano de los efectos que el ordenamiento vincula a la observancia (o al defecto) de una determinada forma, entendida como estructura “externa” del supuesto de hecho negocial, y no en el plano de los efectos inherentes a la naturaleza y a la causa del negocio, que, de esta manera, se puede considerar “conservado”, más que “convertido”. En todo caso, lo cierto es que las diferencias entre ambas figuras no han dejado de ser advertidas por la doctrina española

en conexión con las exigencias del principio de buena fe y la prohibición del *venire contra factum proprium*, vid. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 27 y ss. y 171.

⁵⁸⁴ Así, ALBALADEJO, *Notas...*, cit., p. 315, con referencia a los arts. 747 y 749, relativos, respectivamente, a las disposiciones en favor del alma y en favor de los pobres en general. Vid. también, del mismo autor, *Derecho Civil*, cit., p. 469, donde recuerda como hipótesis erróneamente considerada de conversión el art. 751, relativo a las disposiciones en favor de parientes, interpretadas como hechas en favor de los más próximos en grado.

⁵⁸⁵ Art. 715: “Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección (...). Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviese escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento”. Art. 1.223: “La escritura defectuosa, por incompetencia del Notario o por otra falta en la forma, tendrá el concepto de documento privado, si estuviese firmada por los otorgantes”. Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, traducción y comentario a la 39ª ed. alemana del *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, I, 2º (Parte general), 2ª ed., Barcelona. 1935, pp. 368-369; PUIG PEÑA, *op. loc. cit.*; LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, 2ª ed., Barcelona. 1987, p. 397; VALLET, *op. cit.*, p. 1.304. Este último autor, al definir el concepto de conversión, admite que el objeto de ésta puede ser, además del acto o el negocio en sí mismo considerado, el documento como tal, p. 1.303. GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983, p. 438 y n. 22, ve en el art. 715 un caso de verdadera “conversión formal del negocio nulo”, mientras que en el del art. 1.223 se daría, en cambio, una “conversión de la forma del negocio”.

⁵⁸⁶ Vid. *supra*, II, parágrafo 3.

⁵⁸⁷, por lo que no parece que la presencia en nuestro ordenamiento de los preceptos citados pueda ser utilizado como argumento a favor de la admisibilidad de un principio general de conversión sustancial en nuestro Derecho (como no lo ha sido, por lo demás, en Francia)⁵⁸⁸.

Al margen de los supuestos examinados de conversión formal, los autores suelen mencionar diferentes preceptos de nuestro Derecho positivo como ejemplos de conversión legal; ejemplos que cabría valorar como manifestaciones concretas de un principio más amplio de conversión, no positivizado expresamente⁵⁸⁹. Para calibrar adecuadamente la solidez de esta argumentación, será necesario afrontar un examen detenido de los diferentes casos propuestos, con objeto de determinar en qué medida el mecanismo operativo y la *ratio* propia de cada uno de ellos puede reconducirse a los que son propios de la conversión sustancial:

a) Los arts. 450, 463 y 466 del C. de Com.⁵⁹⁰, generalmente considerados asimismo como casos de conversión⁵⁹¹, y hoy derogados, encuentran una parcial

⁵⁸⁷ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 19 y 22; también excluye que la llamada “conversión formal” constituya una hipótesis de conversión en sentido propio, “en cuanto que no se cambia de negocio”, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., I, 2º, p. 468, y también en sus *Notas al Negocio jurídico* de CARIOTA-FERRARA, *cit.*, p. 315. Vid. asimismo ZORRILLA RUIZ, *op. cit.*, p. 375. En cambio, LACRUZ admite que la conversión formal puede determinar en ciertas ocasiones también una conversión material, por alteración o reducción de los efectos del negocio; *op. loc. cit.*

⁵⁸⁸ Vid. *supra*, I, parágrafo 7.

⁵⁸⁹ Así ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., p. 467; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 160; LACRUZ, *op. cit.*, p. 291; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 438; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 326; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 369; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, vol. II, p. 119. En una posición más prudente, pero en definitiva favorable a la afirmación de un principio general, RIERA AÍSA, *op. cit.*, pp. 717-718; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983, p. 317; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 489 y ss. En contra de la posibilidad de inducir un principio general partiendo de las hipótesis singulares de conversión previstas por la ley, pero con referencia exclusiva a la conversión formal, VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, 4ª ed., vol. I, Valladolid, 1935, p. 571.

⁵⁹⁰ Art. 540: “Si la letra de cambio adolece de algún defecto o falta de formalidad legal se reputará pagaré a favor del tomador y a cargo del librador”. Art. 463: “Si se omitiere la expresión de la fecha en el endoso, no se transferirá la propiedad de la letra y se estará como en una simple comisión de cobranza”. Art. 466: “No podrán endosarse las letras no expedidas a la orden, ni las vencidas y perjudicadas. Será lícita la transmisión de su propiedad por los medios establecidos en el derecho común; y si, no obstante, se hiciere el endoso, no tendrá éste otra fuerza que la de una simple comisión”. Fueron derogados por la Ley Cambiaria y del Cheque, 19/1985, de 16 de julio.

⁵⁹¹ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 148-150. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487, incluye estos artículos en la categoría de la conversión formal, y afirma: “Estos casos eran modelos de conversión para la doctrina antigua; ahora, se les suele excluir de la figura de la conversión, observando que el cambio del tipo de documento no toca al negocio, que sigue siendo el mismo. Reparo que no es decisivo, ya que se ha de considerar distinto, por ejemplo, el negocio formal cambiario de los negocios civiles no formales o menos formales con la consecuencia de una distinta o limitada eficacia”. Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p.

correspondencia en la vigente regulación cambiaria ⁵⁹². A nuestro juicio, sin embargo, el tenor literal de la ley en cuestión no permite extraer conclusiones demasiado seguras sobre la existencia de casos de verdadera conversión en materia cambiaria. En general, la aplicación de la regulación prevista por la legislación cambiaria y el reconocimiento de las correspondientes ventajas están condicionados a la concurrencia de ciertos requisitos de forma y al cumplimiento de determinadas exigencias en cuanto al modo, tiempo y límites de la circulación de los títulos. A falta de tales requisitos y exigencias, desaparece la relación cambiaria y reaparece la relación sustancial subyacente –que siempre estuvo presente-, pero no se da una verdadera “conversión”. Así, la falta en un documento de los requisitos de forma establecidos por la ley excluirá su consideración como letra de cambio, pagaré o cheque (arts. 4, 95 y 107); y la declaración en él contenida tendrá exactamente el valor que le corresponda por su naturaleza o por la relación en que se integre. Valor que no habría perdido tampoco siendo válida –además- como declaración cambiaria ⁵⁹³. En este sentido, hemos de considerar también la eficacia como cesión ordinaria del endoso relativo a una letra o un cheque no librados a la orden (arts. 14,1 y 120,3), o del endoso posterior al protesto o declaración equivalente –por falta de pago o vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto- (arts. 23,1 y 130,1); la eficacia como comisión de cobranza del endoso a título de mandato o garantía (arts. 21,1, 22,1, y 129,1); y, en fin, el valor como simple recibí del endoso de un cheque al librado (art. 121,2). Se trata de casos en los cuales el endoso de un título no puede tener eficacia plena como tal, y sin embargo la ley valora la transmisión del título efectivamente operada a la luz de la relación causal subyacente, atribuyendo los efectos correspondientes conforme a las reglas generales de la cesión de créditos; el art. 24 dispone: “La cesión ordinaria de la letra transmitirá al cesionario todos los derechos del cedente, en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio. El cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Iguales efectos producirá la transmisión de la letra por cualquier otro medio distinto del endoso”.

326. ALBALADEJO, “Ineficacia e invalidez...”, *cit.*, p. 611, considera el art. 450 como un caso de conversión formal, no reconducible al concepto de conversión en sentido propio, a diferencia de los arts. 463 y 466.

⁵⁹² Una referencia al art. 23 de la vigente Ley Cambiaria (eficacia como cesión ordinaria del endoso de una letra posterior al protesto) como ejemplo de conversión en ALBALADEJO, *Derecho Civil, cit.*, I, 2º, p. 468.

⁵⁹³ Al analizar el hoy derogado art. 450 del C. de Com. decía VICENT CHULIÁ que “el art. 450 convierte el documento en aquello que mínimamente es”, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1982, p. 619. Sobre la discusión en torno al tema de la posible “conversión” del libramiento en declaración no cambiaria, o incluso en un simple “principio de prueba por escrito de una deuda”, *vid.*, del mismo autor, 3ª ed. de la misma obra, t. II, Barcelona, 1990, pp. 662 y 663. *Vid.* también lo dicho *supra* en II, parágrafo 3, A).

b) También se ha hablado de conversión con referencia a la hipótesis prevista por el art. 3 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953⁵⁹⁴. La nueva Ley de Arbitraje, 36/1988 de 5 de diciembre, reproduce en esencia la misma formulación en su art. 3⁵⁹⁵. Tampoco en este caso nos parece admisible la calificación del supuesto como conversión, ya que la eficacia reconocida por la ley no aparece vinculada directamente al acuerdo arbitral nulo en cuanto tal; es necesaria una declaración expresa o tácita de aceptación *a posteriori* del resultado de la intervención del tercero. Y dicha declaración es suficiente (dándose los demás requisitos) para configurar un contrato nuevo y distinto, más próximo sin duda a la transacción (art. 1.809)⁵⁹⁶; siendo irrelevante el modo en que se haya llegado a configurar el contenido del mismo. En cambio, a falta de tal declaración, el convenio arbitral nulo no podrá alcanzar ninguna virtualidad por vía de conversión.

c) Un caso típico de conversión legal del contrato operada en virtud de la voluntad de una de las partes es el de la conversión de los contratos de aparcería o de arrendamiento parciario en arrendamiento, conforme a las previsiones de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980⁵⁹⁷. Se trata de hipótesis no reconducibles a la idea de conversión *stricto sensu*, ya sea por la exigencia de una declaración de voluntad *ad hoc* favorable a la conversión y procedente del sujeto al que en cada caso se atribuya la facultad de producir la mutación, ya por la *ratio* de la norma, en la que dicha conversión es utilizada como instrumento de política legislativa, al servicio de intereses superiores del

⁵⁹⁴ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. I, 2ª ed., Barcelona, 1978, p. 311; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 317.

⁵⁹⁵ "1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato".

⁵⁹⁶ En este sentido se pronuncia LACRUZ, *Elementos...*, cit., II, 3º, p. 583; vid., en la misma obra, LACRUZ y LUNA SERRANO, p. 552, n. 9, quienes recuerdan la admisión por la jurisprudencia de la llamada "transacción impropia", en la que la intervención de un tercero no afecta para nada a su esencia y naturaleza. Se citan, en este sentido, las SS.T.S. de 20 de octubre de 1952 y 10 de junio de 1968, a las que podemos añadir las de 14 de junio de 1968 y 15 de marzo de 1979 (esta última habla de "arbitraje impropio"); de todas ellas está ausente cualquier referencia a la idea de conversión.

⁵⁹⁷ Se refieren a estas hipótesis DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487, n. 57; y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 15, n. 1. Concurriendo ciertas causas de extinción de la aparcería, el cedente (art. 117,2) o el cesionario (art. 109.4), podrán solicitar la conversión en arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 113. En el caso del llamado "arrendamiento parciario", podrá operarse la conversión en arrendamiento en virtud de la voluntad de uno cualquiera de los sujetos (art. 101,6).

ordenamiento ⁵⁹⁸; además, el mecanismo así configurado no tiene como presupuesto la nulidad del contrato. Es de destacar la inexistencia en nuestro sistema de un mecanismo similar a la “*riconduzione all’affitto*” del Derecho italiano, esto es, la sujeción automática, por imperativo legal, de ciertos contratos agrarios de carácter asociativo al régimen de los arrendamientos rústicos; supuesto que, como señalábamos en su momento ⁵⁹⁹, sí reviste los caracteres de una auténtica “conversión legal” –lo que no obsta para que su naturaleza sea radicalmente diversa de la conversión ex art. 1.424 C.c. italiano-.

d) Todavía cabe valorar como ejemplo de conversión legal el de la sociedad anónima irregular (una vez constatada la voluntad de no inscribir o, en todo caso, transcurrido un año desde la escritura pública sin que se haya solicitado la inscripción), a la que se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o las de la sociedad civil, si la misma ha iniciado o continúa sus operaciones ⁶⁰⁰. Bajo la vigencia de la anterior legislación se planteó en la doctrina y en la jurisprudencia el debate sobre la trascendencia frente a terceros de la sociedad anónima irregular o (según la fórmula de GIRÓN) “permanentemente no inscrita”. Frente a la postura preconizada por GARRIGUES y otros, contraria a atribuir eficacia alguna a tales sociedades, tanto *inter partes* como frente a terceros ⁶⁰¹, el art. 16 de la nueva Ley de Sociedades Anónimas ha optado por la tesis, mantenida por GIRÓN y otros, de la “conversión” de tales sociedades en sociedades civiles o mercantiles colectivas ⁶⁰². El sentido de la opción legislativa es claro: cabe preguntarse, no obstante, si la solución así positivizada implica una verdadera conversión.

Y es que, a nuestro juicio, no hay aquí conversión propiamente dicha; desde luego, no se trata de una conversión sustancial equiparable a la que recogen el art. 1.424 del

⁵⁹⁸ Sobre el tema, vid. COBACHO GÓMEZ, J.A., “La aparcería agrícola”, en *R.C.D.I.*, 1982, pp. 663 y ss.; especialmente pp. 673 a 675, 691 y 694, y bibliografía allí citada. Coincide con nuestra opinión en este punto la de DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona, 1965, p. 142, n. 42.

⁵⁹⁹ Vid. II, parágrafo 5.

⁶⁰⁰ Art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas (R.D.Leg. 1.564/1989, de 22 de diciembre).

⁶⁰¹ En esta línea se pronunciaba mayoritariamente la jurisprudencia anterior a la nueva ley. Un claro exponente de esta orientación se encuentra en la STS de 6 de marzo de 1981, sobre la que volveremos posteriormente.

⁶⁰² Para un examen sintético de la cuestión y de las diferentes posturas al respecto, vid. los comentarios jurisprudenciales de M.A. CALZADA (STS. 24 de marzo de 1984 y 13 de febrero de 1985) y L.A. VELASCO SAN PEDRO (STS. 19 de septiembre de 1986), en los siguientes números de *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, respectivamente: n. 5, 1984, pp. 1.531 y ss.; n. 7, 1985, pp. 2.367 y ss.; n. 12, 1986, pp. 3.983 y ss. Vid. también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: “La sociedad anónima irregular”, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, estudios coordinados por ALONSO UREBA y otros, t. I (“La fundación”), Madrid, 1991, especialmente pp. 639 y ss.

Código italiano o el § 140 del B.G.B. Se trata más bien de una solución legislativa orientada a atribuir una disciplina normativa congruente a un supuesto de hecho como el descrito, con objeto de, por un lado, salvaguardar el valor constitutivo que en sede de sociedades capitalistas asume la inscripción registral (excluyéndose así la aplicación del régimen de limitación de responsabilidad de los socios), y, por otro, proteger los intereses de terceros a quienes haya afectado la actuación de una realidad societaria efectiva y públicamente operante en el tráfico con un patrimonio propio. Obsérvese que los intereses que son objeto de protección por esta vía no son los de las partes contratantes, sino los de los terceros; y ni siquiera de todos los terceros, ya que habría que preguntarse si la protección de los acreedores de los socios individuales no exigiría, precisamente, la solución contraria, es decir, la irrelevancia de la sociedad no inscrita⁶⁰³. Este ya es un dato que diferencia el supuesto claramente de la conversión material objeto de estudio en este trabajo. Pero es que, además, aun siendo presumible en estos casos la falta definitiva de inscripción de la sociedad, ésta ni es declarada nula, ni es valorada definitivamente como sociedad colectiva o civil (la inscripción realizada posteriormente, a pesar de todo, determinará la constitución de la sociedad anónima a todos los efectos), tratándose sólo de una solución específica para las concretas operaciones efectivamente realizadas en ese período; una solución, además, dictada con una cierta vocación de provisionalidad, como lo demuestra el hecho de que el párrafo primero del mismo artículo atribuya expresamente a cualquiera de los socios la facultad de solicitar la disolución de la sociedad; y una solución, en fin, limitada probablemente a las relaciones con terceros, ya que cabe pensar que el contrato de sociedad original continúe produciendo *inter partes* los efectos propios de su naturaleza (incluyendo la obligación, exigible por cualquiera de los contratantes, de realizar los trámites necesarios para la adquisición de la personalidad jurídica correspondiente a la sociedad anónima)⁶⁰⁴.

⁶⁰³ En sentido contrario a la necesidad de otorgar a los acreedores de los socios una protección especial, distinta de la posibilidad de acudir a la acción Pauliana en caso de fraude de acreedores se pronuncia CALZADA, siguiendo en este punto a GIRÓN; vid. comentario a la STS 24.3.1984, *cit.*, pp. 1.537 y 1.538. En favor de una valoración más flexible de la composición de intereses en los casos concretos, VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.*, p. 3.992.

⁶⁰⁴ En contra de la opinión aquí mantenida se manifiesta FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *op. cit.*, p. 646, quien, refiriéndose a los supuestos de aplicación del art. 16.2, afirma: “La sociedad deja entonces de ser una anónima espúrea (...), pierde su carácter provisional -por lo que en esta figura hay de pasajero y temporalmente delimitado- para convertirse, en el sentido técnico de verdadera transformación, en una figura duradera, sujeta a un régimen claramente definido, al haber abandonado sus fundadores el propósito -o no mantenerlo con seriedad- de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil e incurrir de esta suerte en un 'abuso de la forma jurídica’”. Entiende el autor que mantener abierta indefinidamente la posibilidad de que los socios “regularicen” la sociedad

e) Fuera del ámbito del Derecho Privado, se toma en consideración el art. 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; sin embargo, la propia ubicación sistemática del precepto –régimen del acto administrativo- hace difícil encontrar un paralelismo con el instituto de la conversión del negocio jurídico. Predominan en este caso consideraciones de economía jurídica que se manifiestan en el ámbito de la eficacia, más que en el de la naturaleza del acto ⁶⁰⁵.

En definitiva, el argumento que se apoya en la existencia en nuestro Derecho de diferentes hipótesis de conversión legal, como manifestaciones de un principio más general, aunque no expreso, no nos parece decisivo. La misma calificación como conversión legal de los ejemplos propuestos es a menudo discutible, tratándose de problemas a los que el ordenamiento provee con soluciones reconducibles a otros mecanismos menos problemáticos; hablar en estos casos de conversión será lícito sólo en la medida en que se dé a la expresión un valor meramente descriptivo, no técnico. Por otra parte, no es evidente que la existencia de ciertas hipótesis de conversión legal en sentido propio pueda ser considerada como un argumento válido a favor de la existencia de un

mediante la ulterior inscripción podría lesionar “las exigencias de seguridad y transparencia propias del tráfico mercantil al permitir la desnaturalización del tipo” (p. 645). Con todo, entendemos que es posible defender la tesis mantenida en el texto con base en el propio art. 16,2, que en su parte final señala: “El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad”; lo que significa que los actos y contratos anteriores a la inscripción quedarán en todo caso sujetos al régimen propio de la sociedad colectiva o de la sociedad civil, excluyéndose la posibilidad –prevista en cambio para la sociedad en formación, art. 15- de que algunos de esos actos pasen a quedar sometidos al régimen de la sociedad anónima (concretamente, los actos y contratos señalados en los párrafos 2 y 3 del art. 15). De este modo, el legislador considera suficientemente protegidos los intereses de terceros frente al cambio del régimen aplicable a los actos de la sociedad. Parece que, si el legislador hubiera querido excluir la posibilidad de que la ulterior inscripción determinara la efectiva constitución de la sociedad anónima, manteniéndose definitivamente la estructura propia de la sociedad civil o de la colectiva, no habría regulado de esa manera los efectos de la inscripción: en apoyo de esta opinión podemos citar la de VENTOSO ESCRIBANO, A.: *Constitución de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1991, pp. 52-53. Por otra parte, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA no deja de reconocer que la pretendida conversión del contrato “supondría violentar de alguna manera la voluntad de los socios”, y que la única justificación de ese mecanismo sería la protección de la seguridad en el tráfico; lo que, evidentemente, no responde a la *ratio* propia de la conversión material, que, si bien puede prescindir del específico contenido volitivo del negocio, no puede ignorar en ningún caso la finalidad económica de las partes.

⁶⁰⁵ Dispone dicha norma que “los actos nulos que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de éste”. Una referencia a esta norma en LACRUZ, *Elementos...*, cit., I, 3º, p. 291. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Madrid, 1989, I, p. 627: “El art. 51 de la Ley regula el supuesto de la conversión de los actos nulos, de forma que si dichos actos contienen los elementos constitutivos de otro distinto puedan producir los efectos de éste. La Ley se mueve aquí en el plano de la eficacia, no en el de la validez. El acto nulo no deja de ser tal, ni queda sanado o convalidado. Si así se solicita por los interesados, no habrá más remedio que declarar su nulidad. Sin embargo, las consecuencias de dicha nulidad se dulcifican, admitiéndose por la Ley como legítimos aquellos efectos que puedan considerarse amparados o justificados por los elementos del acto no afectados por el vicio que determina su nulidad (por ejemplo, un nombramiento irregular de funcionario en propiedad puede producir los efectos de un nombramiento interino)”. Vid. también GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1989, pp. 432 y ss.

principio general de conversión⁶⁰⁶. A nuestro juicio, salvo demostración en contrario, tales hipótesis habrían de ser valoradas, en todo caso, como excepciones al principio general según el cual *quod nullum est, nullum producit effectum*; excepciones que responden a razones de política legislativa distintas en cada caso, y no reconducibles a una categoría homogénea dotada de una verdadera operatividad técnica. Aún más: es difícilmente armonizable la pretendida conexión entre los supuestos particulares de conversión legal y un principio general de conversión material, con la opinión, acogida por la mayoría de la doctrina, según la cual conversión legal y conversión material son fenómenos esencialmente distintos⁶⁰⁷.

3. Antecedentes históricos en nuestro Derecho.

No ha faltado en nuestra doctrina, como señalábamos anteriormente, un detenido estudio sobre la existencia de una tradición favorable a la conversión en el Derecho histórico español⁶⁰⁸. Sin embargo, aun reconociendo la autoridad de quienes han realizado esa labor de búsqueda, se ha partido, a nuestro juicio, de un concepto de conversión demasiado amplio, y no se ha conseguido aportar ejemplos evidentes de un mecanismo general equivalente al de dicho instituto, tal como se configura desde su creación por obra de los Pandectistas y en su posterior recepción en los Códigos alemán e italiano. La singularidad de las soluciones examinadas y la consideración de su fundamento no permite reconstruir una base histórica suficiente para ser utilizada como argumento válido a favor

⁶⁰⁶ Vid., al respecto, la opinión de GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., p. 128, n. 147: “Considero inadmisibles la idea (...) de que sea posible deducir de la existencia de soluciones normativas que operan con la técnica de la conversión, la intención implícita del legislador de consentir al juez la aplicación de la misma técnica (que permitiría, en tal caso, la realización, dentro de los límites de lo posible, del intento específico de los sujetos): y ello porque tal idea es ilógica, implica la incomprensión o la desatención del significado de una solución legislativa expresa. En la cual resulta elegida, en efecto, la vía de la igualdad y de la certidumbre, y no la vía opuesta de la multiplicidad y de la determinabilidad que son típicas del tratamiento de conversión en sentido propio”.

⁶⁰⁷ LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, p. 396: “La conversión viene en ayuda precisamente de la autonomía privada. Otra cosa es que el legislador, o el juez, utilicen la conversión -entonces, con significado sustancial muy distinto- como instrumento de política legislativa, para configurar el contrato con un contenido preceptivo predeterminado, en aras de intereses -entendidos como superiores- extraños a los particulares de los contratantes”. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 137: “La diferencia entre ésta (la conversión legal) y la verdadera conversión es, por tanto, bien clara, ya que en la primera la conversión se opera por una norma coactiva y en la segunda por una norma esencialmente dispositiva que puede ser excluida por una contraria manifestación de voluntad privada”. RIERA AÍSA, *op. cit.*, p. 717: “Si la conversión se opera en fuerza de una posible voluntad más o menos directa de las partes, la conversión entraría en el grupo de las llamadas esenciales o sustanciales, pero si es la ley únicamente la que al margen de una voluntad impone la transformación nos hallaríamos en presencia de la conversión legal”. Vid. también ZORRILLA RUIZ, *op. cit.*, p. 375.

de la existencia den el ordenamiento español de un principio general de conversión. Así, concretamente, VALLET menciona los siguientes ejemplos: conversión del testamento nulo en codicilo, y de la institución de heredero en fideicomiso impuesto a los herederos legales; la validez como legado de la donación *mortis causa*, directa y de primer grado, nula por falta de aceptación; la conversión en legados de las donaciones *inter vivos* a favor de ausentes, realizadas con las solemnidades requeridas para las disposiciones de última voluntad; y la confirmación *mortis causa* de las donaciones *inter vivos* sustancialmente nulas. Sin embargo, como el propio autor reconoce, el fundamento de cada una de estas soluciones no es siempre el mismo, y ha de ser identificado, según los casos, en la existencia de una cláusula expresa, de una disposición legal, o de una voluntad lógicamente presumible del disponente⁶⁰⁹. Sobre la reconstrucción realizada por VALLET se pronunciaba DE LOS MOZOS, afirmando que los ejemplos mencionados –excluyendo sin embargo el caso de las donaciones entre cónyuges, nulas si son realizadas *inter vivos*, pero eficaces como *mortis causa*, considerado por él como supuesto típico de conversión-, carecen hoy de interés, “pues hasta se puede llegar a pensar que frente a tales actos no hay lugar al planteamiento de la conversión pues la ley establece, por una parte, la falta de sustantividad e independencia al menos, y por otra, vincula ésta a una previa y única calificación, por lo que en este caso no puede hablarse propiamente de conversión, ni aun de conversión legal tampoco”⁶¹⁰.

4. Los principios generales del Derecho.

A la hora de buscar el fundamento técnico para la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema negocial, la generalidad de la doctrina no ha dudado en invocar la aplicación de los principios generales del ordenamiento en materia de contratos: singularmente los de conservación del negocio (arts. 1.284 y 1.289), buena fe (art. 1.258), y protección de la autonomía privada (art. 1.255)⁶¹¹. La formulación resulta genérica, y

⁶⁰⁸ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 487; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; VALLET, *op. cit.*, pp. 1.304 y ss.

⁶⁰⁹ *Op. cit.*, p. 1.307. También en el ejemplo propuesto por DE CASTRO, y tomado de VELA DE OREÑA (nulidad de un contrato de constitución de censo, viciado por un pacto contra la ley. cuya validez se propone sobre la base de considerarlo como mutuo feneraticio o anticresis), se advierte que la “transfusión” del contrato nulo en otro válido sólo será posible “si ello concuerda con la voluntad de las partes”; *op. loc. cit.*

⁶¹⁰ *Op. loc. cit.*

⁶¹¹ Vid. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 82 y ss. VALLET, *op. cit.*, pp. 1.313 y 1.314, habla de un doble fundamento de la conversión en el Derecho español: uno objetivo, un principio general del Derecho paralelo al

como tal difícil de rebatir, teniendo en cuenta sobre todo la amplia virtualidad que a los principios citados se reconoce generalmente en nuestro ordenamiento; y es desde luego innegable que el juego de los mismos permitirá, en la mayoría de los casos, restringir a sus justos límites el ámbito de la sanción de nulidad y propiciar el buen fin de las iniciativas negociales de los particulares, en la medida en que se las considere como merecedoras de la tutela del ordenamiento. Sin embargo, la cuestión parece más dudosa si descendemos desde la formulación genérica de los principios al plano de su concreta articulación técnica, y si consideramos la singularidad del propio mecanismo de conversión, que en su fundamento, esencia y mecanismo de actuación se presenta como difícilmente reconducible a los principios generales señalados, tal como resultan configurados en nuestro ordenamiento.

A) El principio de conservación del negocio.

Por lo que se refiere al principio de conservación del negocio, ya hemos señalado en otro lugar cómo resulta difícil configurar la conversión como una manifestación del mismo ⁶¹², especialmente si con ello se trata de establecer una conexión entre el instrumento técnico de carácter interpretativo formulado por el art. 1.284 y una figura, como es la conversión, que no aspira a conservar el negocio como tal, sino a hacer posible el mantenimiento de la iniciativa negocial puesta en práctica por las partes en virtud de una intervención muy cualificada del ordenamiento ⁶¹³.

Indudablemente, en la conversión está implícito un principio de economía jurídica, una tendencia, inherente a todos los sistemas negociales, a propiciar el desenvolvimiento de la iniciativa económica de los particulares, expresada a través del mecanismo del

utile per inutile non vitiatur, al de la integración de la voluntad contractual con los usos del país según las reglas de la buena fe (arts. 1.287 y 1.258), y al de la conservación del negocio jurídico (*favor negotii*); y otro subjetivo, la finalidad práctica perseguida por los contratantes. Vid. también LACRUZ, *op. cit.*, I, 3º, p. 291; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 489-490. MARÍN PADILLA, *op. cit.*, p. 89.

⁶¹² Prueba de ello es la larga discusión mantenida, y todavía no resuelta definitivamente en Italia sobre el tema; vid. *supra*, II, parágrafo 8.

⁶¹³ Contra la opinión según la cual el fundamento de la conversión sería el principio de conservación del negocio, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., p. 466: "Realmente, pues no se conserva ni se salva éste (el negocio), sino que se conservan los elementos existentes, para, haciendo con ellos un negocio distinto, salvar el fin propuesto y los efectos que con aquél perseguía la voluntad negocial. Hay *favor voluntatis*, y no *favor negotii*, porque se cambia de negocio en homenaje a aquélla, haciéndola pilar central del nuevo". En cambio, el principio de conservación sería, según el autor, el fundamento de la conversión formal, p. 468. Vid. también STS del 6 de marzo de 1981, cit. en II, parágrafo 7; ZORRILLA RUIZ, *op. cit.*, p. 375; LASARTE, *op. cit.*, p. 462, cita en nota 703.

negocio jurídico, sin más trabas que las que se deriven de las exigencias inderogables del ordenamiento. Ese principio de economía jurídica, cuyo contenido es esencialmente filosófico o político, no encierra en sí mismo una determinada configuración técnica, sino que se expresa a través de una pluralidad de instrumentos que pueden variar de un sistema a otro. Así, nuestro ordenamiento comparte con otros (como el italiano o el francés) instrumentos tales como la convalidación de los negocios anulables, conversión formal, interpretación conservativa del negocio, etc. Otros mecanismos, a pesar de no estar previstos con carácter general por nuestro Derecho positivo, han terminado siendo acogidos por vía doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial, después de superar algunas reticencias relativas a su compatibilidad con los principios básicos del sistema: nulidad parcial, inserción o sustitución de cláusulas negociales no ajustadas a las prescripciones del Derecho, rectificación judicial del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida (teoría de la imprevisión). Más dudosa es, en fin, la admisibilidad en nuestro Derecho de mecanismos tales como la rectificación del contrato en caso de error o de lesión con objeto de evitar, respectivamente, la anulación o la rescisión del negocio (fenómenos acogidos expresamente en el Código italiano).

En todo caso, el juicio sobre la admisibilidad de cada uno de estos mecanismos, a falta de una expresa previsión legislativa, no puede fundarse tan sólo en ese principio genérico de economía jurídica que, de un modo u otro, contribuirían a realizar, sino que ha de considerarse, respecto de cada uno de ellos, la viabilidad de su inserción en el conjunto del sistema, así como su conveniencia y oportunidad para resolver problemas concretos. En este contexto ha de plantearse el supuesto de la conversión sustancial del negocio nulo; habrá que preguntarse si, en aras de un principio genérico de conservación del negocio (que, insistimos, tendría un sentido más descriptivo que propiamente técnico), es posible en nuestro ordenamiento mantener en vida un determinado negocio cuando, agotados otros instrumentos legales como la interpretación conservativa del negocio (arts. 1.284 y 1.289), o la propia interpretación de la norma que impone la sanción de nulidad, resulta ser aquél contrario a ésta; si es admisible que, para realizar ese mismo principio y mantener a ultranza el negocio, se recurra a un mecanismo –no previsto por la ley– que implica nada menos que una reestructuración, por obra del ordenamiento, de la operación negocial efectivamente realizada por las partes. En definitiva, habrá que preguntarse en qué medida “el fin justifica los medios” en el caso de la conversión; nuestras dudas al respecto encontrarán una adecuada fundamentación cuando examinemos la actitud mantenida por la

jurisprudencia del Tribunal Supremo frente a la conversión y algunos de los problemas concretos cuya solución se ha querido buscar a través de este mecanismo.

B) El principio de autonomía de la voluntad.

Hemos de plantearnos ahora la compatibilidad de la conversión con el principio de autonomía de la voluntad, tal como resulta configurado en nuestro ordenamiento. Se suele afirmar que, en la medida en que la conversión encuentra su fundamento subjetivo en la voluntad de las partes (ya sea una voluntad presunta, hipotética, o simplemente el interés de las partes), el respeto al principio de autonomía de la voluntad, proclamado como norma suprema de nuestro sistema negocial, impone su recepción en este último ⁶¹⁴. No creemos necesario volver sobre el lento y complejo proceso de discusión y decantación dogmática, todavía abierto en cierta medida, acerca del llamado “elemento subjetivo” de la conversión. Bastará remitirnos al estudio que hicimos en su momento para poner de manifiesto las dificultades que plantea el tema ⁶¹⁵. El art. 1.424 del C.c. italiano, que constituye un importante paso adelante en la construcción dogmática del mecanismo de la conversión, con respecto a su precedente alemán, no puede considerarse como una simple aplicación de los principios generales del ordenamiento en materia de autonomía privada; analizando detenidamente la esencia del instituto regulado en él, no podemos sino llegar a la conclusión de que no hubiera sido indiferente incluir o no ese precepto. Ya tuvimos ocasión de examinar las dificultades que plantearon los intentos de de aplicar la conversión en Italia bajo la vigencia del Código de 1865; sabemos igualmente que en el ordenamiento francés la conversión no ha llegado a adquirir carta de naturaleza. No parece, pues, que se pueda considerar evidente la plena coherencia del mecanismo de conversión con el principio de autonomía privada que preside nuestro Derecho privado, mucho más cercano a esos Códigos latinos del XIX que al B.G.B. o al *Codice* de 1942.

Y es que, en efecto, la norma contenida en el art. 1.424 del Código italiano o en el § 140 del B.G.B. no es simplemente un precepto que complete el régimen jurídico de los actos de autonomía privada, sino una norma que ocupa una posición central en el sistema negocial, en la medida en que es precisamente ella la que, de un modo especialmente destacado, contribuye a definir y a llevar hasta sus últimas consecuencias un determinado

⁶¹⁴ Así, por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., I, 2º, p. 467.

concepto de autonomía privada; concepto que encuentra su expresión paradigmática en el art. 1.322,2 del *Codice* italiano, en el que se señala, como punto crítico de la tensión entre ordenamiento y autonomía privada, la realización, mediante el contrato, de “intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”. Esta formulación implica que el control de la autonomía privada por el ordenamiento no sólo supone una adecuada interpretación del alcance de los propios límites establecidos por el ordenamiento, sino también una valoración flexible del acto de autonomía privada; lo que a su vez significa, no sólo que para la determinación del objeto de la valoración podrán utilizarse criterios flexibles (p. ej., en sede de interpretación), sino que, eventualmente, se podrá ampliar el objeto mismo de la valoración con el fin de aplicar el “filtro” del ordenamiento, no ya al acto de autonomía como tal, sino a la compleja iniciativa económica en la que dicho acto se inserta ⁶¹⁶. En consecuencia, será coherente con esta concepción el mantenimiento de una iniciativa económica merecedora de tutela, aunque ello deba implicar una desnaturalización del acto de autonomía *stricto sensu*.

En nuestro sistema, el problema de los límites de la autonomía privada se plantea en términos diferentes. El art. 1.255 dispone: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”; y, conforme al art. 6,3, “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Aquí, el punto de referencia es el acto de autonomía en cuanto tal. El intérprete dispone, desde luego, de instrumentos de gran flexibilidad a la hora de determinar el significado intrínseco de ese acto; indudablemente, en nuestro sistema se debe tener en cuenta la operación negocial en su conjunto, y debe considerarse especialmente la finalidad última y concreta de las partes (art. 1.281,2). Pero todo ello ha de hacerse en función del acto de autonomía propiamente dicho; es éste, en todo caso, el objeto de la valoración del ordenamiento. Y aunque para determinar el contenido de ese acto es obligado tener en cuenta la operación económica en

⁶¹⁵ Vid. *supra*, II, parágrafo 10.

⁶¹⁶ Habrá que recordar en este punto que el mecanismo de conversión, pese a las confusiones terminológicas y conceptuales que han presidido su complejo proceso de elaboración dogmática, no se funda en la realización de la voluntad de las partes; ni real, ni presunta, ni hipotética. El punto de referencia es la finalidad práctica perseguida por las partes. La fórmula del art. 1.424 del Código italiano, en la que coexisten la referencia a la voluntad hipotética y a la finalidad práctica, es el testimonio de la tensión entre la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad y la nueva concepción, de la que la conversión es precisamente un producto acabado. Vid. *supra*, II, párrafos 11 a 13.

su conjunto, ésta no puede llegar a ser el objeto de la valoración. De este modo, el control (negativo –problema de los límites-) de la autonomía privada se resumirá en la determinación de si el acto de autonomía, en su significación propia, excede o no de los límites impuestos por el ordenamiento.

En este sentido, no cabe desconocer las dificultades que plantea el admitir en nuestro ordenamiento con carácter general, y a falta de una norma que expresamente lo invoque en función de una determinada finalidad, el recurso a la voluntad hipotética de los sujetos ⁶¹⁷; como sabemos, esta expresión encierra una fórmula ficticia, dotada de un alcance en gran medida metafórico, y elaborada con objeto de conciliar determinados prejuicios de orden dogmático (necesidad de encontrar un fundamento volitivo para el tratamiento de conversión y para el negocio resultante de él) con las exigencias de la práctica (imposibilidad de apelar a una voluntad real, más o menos implícita, favorable a su aplicación). Pero, en su significación más profunda, el recurso al concepto de voluntad hipotética encierra un designio de mayor alcance, ignorado al parecer por quienes prácticamente lo identifican con la “voluntad presunta” ⁶¹⁸: se trata de atribuir una significación negocial a algo que ya no es voluntad negocial, esto es, la finalidad práctica perseguida por las partes ⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Punto de vista éste que ya había manifestado SATTÀ en relación con el ordenamiento italiano bajo la vigencia del Código de 1865; *op. cit.*, pp. 77 y ss.

⁶¹⁸ En rigor, la “voluntad presunta” no es más que la voluntad real de las partes o, más exactamente, la que el ordenamiento considera como voluntad real de las partes, determinada con un grado mayor o menor de probabilidad en función de los elementos de prueba disponibles y de los indicios resultantes del examen de los comportamientos significativos de los sujetos. En último término, la voluntad a la que el ordenamiento atribuye relevancia es siempre una voluntad presunta, sean cuales sean los elementos a partir de los cuales se llega a establecer aquélla (documentos, palabras, gestos, silencio, conductas concluyentes...), ya que, por definición, ningún signo externo puede aprehender en su plenitud la psicología de los sujetos: como decía GROCIO, “*signa autem nulla de animi certitudinem habent mathematicam, sed probabilium tantum*” (vid. cita en DE CASTRO, *op. cit.*, p. 62); y lo único que varía es el mayor o menor grado de proximidad entre los indicios disponibles y el objeto real, lo que se traduce en el mayor o menor grado de probabilidad de las presunciones así formuladas. Algo muy distinto, en todo caso, de la llamada “voluntad hipotética”, es decir, no la que las partes “probablemente” tuvieron, sino la que “habrían tenido” en determinadas circunstancias, pero que, por definición, no tuvieron; vid. LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, p. 298.

⁶¹⁹ Art. 1.281.2: “Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. En favor de la admisibilidad de estos expedientes (voluntad hipotética, finalidad práctica trascendente respecto a los resultados de la interpretación) se manifiestan ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., I, 2º, pp. 466-467; GARCÍA VALDECASAS, *op. cit.*, p. 437; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, vol. II, p. 119; con referencia a la finalidad práctica como fundamento subjetivo de la conversión, VALLET, *op. cit.*, pp. 1.314 y 1.315: “La voluntad, el consentimiento, ya hemos visto antes cómo debía jugar desviándose de su aspecto netamente jurídico hacia su sentido empírico o práctico”. Sobre la proximidad entre las teorías que tratan de explicar el fenómeno de la conversión sobre la base de la voluntad hipotética y de la finalidad económico-práctica, siendo esta última una derivación de la primera, vid. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 73-74: “Lo que sucede es que este punto de vista (el de la finalidad práctica) pone de relieve uno de los

Ahora bien, el dar esta relevancia propiamente negocial a la finalidad económico-práctica de las partes (distinta de la relevancia que indudablemente se le atribuye como elemento fundamental de interpretación de la declaración negocial), nos sitúa en un ámbito distinto del que alcanza a cubrir el principio de autonomía de la voluntad (cuando el legislador no ha dado una determinada configuración a éste), por una razón fundamental: más allá de su causa propia, la finalidad económico-práctica de los sujetos es, en principio, irrelevante para el ordenamiento, en la medida en que no se ha concretado en una determinada opción económico-jurídica; ello es especialmente claro en el caso de los contratos, donde, como veíamos en su momento ⁶²⁰, la finalidad económico-práctica a la que se ha de recurrir en sede de conversión, excediendo por definición de la causa concreta del contrato, no será normalmente común a las partes. Cuando se actúa la conversión y se altera la causa concreta del negocio, se sale inevitablemente del ámbito en el que las partes habían llegado a conciliar sus intereses y sus finalidades respectivas. Lo que se pretende mediante la conversión es que esas finalidades distintas puedan realizarse en una medida suficiente, imponiéndose paralelamente la observancia de un cierto grado de tolerancia en cuanto a la inevitable desviación que se produce respecto al acuerdo inicial ⁶²¹. Hay en ello una opción precisa del legislador, favorable a dar un alcance más amplio al principio de autonomía de la voluntad del que resulta de la configuración clásica de éste; opción que, a nuestro juicio, ha de traducirse en una expresa previsión legislativa, so pena de forzar excesiva –y quizá innecesariamente- el mismo principio ⁶²².

Al margen de lo anterior, no hay que olvidar el importante juego que en materia de control de la autonomía privada tendrá la valoración aquilatada del alcance de los propios límites establecidos por el ordenamiento; en particular, nuestra jurisprudencia ha insistido

fundamentos metajurídicos de la conversión, protegido por el Derecho, que es el mantenimiento del fin práctico perseguido por las partes (...). El Derecho traduce sus principios -principios que algunas veces no le pertenecen: metajurídicos o extrajurídicos- sobre la realidad. No así los fundamentos jurídicos de cada institución, los cuales han de ser buscados únicamente en el Derecho mismo”. Las premisas sentadas por el autor, a nuestro juicio exactas, no le llevan, como nos resultaría más coherente, a dudar de la admisibilidad de la conversión como principio general de nuestro Derecho, sino a rechazar que la voluntad hipotética o la finalidad práctica puedan estar en la base del mecanismo de conversión, incluso en aquellos ordenamientos en los que la ley les atribuye expresamente ese valor, como el italiano o el alemán. Olvidando así que, dado el proceso histórico que está en la raíz de la creación del instituto, estos ordenamientos -y la configuración que en ellos asume la conversión- constituyen un punto de referencia primordial.

⁶²⁰ Vid. *supra*, II, párrafo 13.

⁶²¹ Vid. al respecto las esclarecedoras consideraciones que hace LACRUZ a propósito del concepto de “autointegración” del contrato, estrechamente relacionado con el de voluntad hipotética; *op. cit.*, II, 2º, pp. 298-299.

⁶²² DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490.

en la necesidad de precisar cuidadosamente el alcance de la sanción de nulidad de los actos jurídicos por contrariedad a normas imperativas o prohibitivas, en función siempre de la finalidad de la norma (art. 6,3 C.c.)⁶²³. Por tanto, la contradicción entre la significación intrínseca del acto de autonomía y la norma deberá conducir a la sanción de nulidad, cuando ello esté en consonancia con la finalidad de la propia norma; admitir la posibilidad de la conversión supondría que, aun en este caso, podría mantenerse la validez del acto por medio de la reestructuración de éste. No nos parece evidente que a este resultado se pueda llegar en nuestro ordenamiento, a falta de una expresa previsión legal (concreta o genérica); sin perjuicio de que, mediante una cuidadosa utilización de los instrumentos de que dispone el intérprete (especialmente en materia de interpretación de la norma y del negocio) se puedan conseguir resultados prácticos suficientemente equitativos y, en ocasiones, próximos a los que se podrían conseguir por medio de la conversión.

C) El principio de buena fe.

Tampoco nos parece evidente que la vigencia en nuestro sistema negocial del principio de buena fe implique, como consecuencia necesaria, la admisibilidad de la conversión como remedio de carácter general. Hay que advertir que, aun en los ordenamientos que han positivizado la conversión, ésta no se configura propiamente como un mecanismo de actuación del principio de buena fe. Veámos en otro lugar⁶²⁴ las dificultades con las que se ha encontrado la doctrina (especialmente en Italia) a la hora de explicar la operatividad de esta figura como aplicación técnica del principio de buena fe; y concluimos que, si bien este principio, entendido en sentido amplio (en su conexión con un determinado modo de entender la autonomía privada)⁶²⁵, constituye la clave que

⁶²³ Resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre el tema, señala DE CASTRO, *op. cit.*, p. 473: “El Tribunal Supremo ha mantenido su prudente criterio de atender al significado de las leyes, para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter, la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la ley”. Vid. jurisprudencia citada en el mismo lugar.

⁶²⁴ Vid. *supra*, II, parágrafo 9.

⁶²⁵ Recordemos ahora que, en sede de conversión, el principio de buena fe adquiere relevancia en cuanto criterio general de flexibilidad en la valoración del fenómeno negocial, con objeto de hacer posible la necesaria adaptación de la iniciativa privada a las finalidades y a la lógica del ordenamiento; imponiendo con ello a las partes un cierto grado de tolerancia en cuanto a la inevitable desviación que habrá de darse entre la finalidad concreta buscada mediante el negocio concluido y la realizable por medio de la conversión. Entendido en estos términos, el principio de buena fe contribuye a configurar el principio de autonomía de la voluntad en los ordenamientos alemán e italiano de un modo sustancialmente distinto al que preside el sistema francés; la intervención y el control del ordenamiento ya no va a tener como punto de referencia obligado el acto de autonomía como tal, sino que,

explica la “posibilidad” sistemática de la conversión, la significación específica de ésta no puede explicarse como una consecuencia directa e insoslayable de aquél.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, habría que preguntarse si, en presencia de un problema concreto, el principio de buena fe (en cualquiera de sus manifestaciones) podría imponer, no sólo una determinada pauta interpretativa, un determinado contenido obligatorio o una limitación en cuanto al ejercicio de los propios derechos, sino el mantenimiento de la iniciativa económica de los sujetos bajo una configuración jurídica distinta. Una vez más, se produciría conforme a esta concepción una desproporción entre los medios y el fin. El ordenamiento dispone de instrumentos técnicos suficientes como para garantizar que el ejercicio de la autonomía privada se desenvuelva conforme a unos criterios de lealtad y corrección, sin traicionar la confianza suscitada en los demás, y sin sobrepasar los límites inherentes al contenido propio de los derechos subjetivos. La buena fe preside todo el mecanismo de recepción del acto de autonomía privada por parte del ordenamiento, y se actúa a través de diferentes instrumentos técnicos (interpretación, integración, protección de la apariencia jurídica, doctrina del abuso del derecho, etc.), cada uno de ellos sometido a su propio régimen y a sus propios condicionamientos de aplicación. Pero la conversión excede ampliamente de la significación de tales instrumentos. La “transformación” a que se somete el negocio no está en función de la protección de la buena fe, aunque la presupone ⁶²⁶, sino que persigue algo más: evitar la completa frustración de una iniciativa económica merecedora de la tutela del ordenamiento, pero incompatible, en su configuración actual, con las exigencias de éste. La admisión por el ordenamiento del mecanismo de conversión con carácter general tiende a la realización de finalidades que, sin él, no podrían conseguirse. No creemos, por ello, que se pueda argumentar en favor de la admisibilidad de la conversión en nuestro ordenamiento configurándolo, por ejemplo, como una consecuencia más de la integración del contenido negocial mediante el juego del principio de la buena fe (art. 1.258) ⁶²⁷. El juicio favorable a su reconocimiento deberá tener en cuenta lo específico de su mecanismo de aplicación, los fines que le son propios, la oportunidad de su recepción en orden a la

eventualmente, podrá implicar a todo el supuesto de hecho en el que se inserta, sin agotarlo, el acto de autonomía; vid. al respecto lo que se dijo anteriormente, y también GANDOLFI, *La conversione...2*)..., cit., pp. 384-385.

⁶²⁶ Y aunque, indudablemente, una vez integrado el mecanismo en el sistema, su concreta actuación pueda y deba estar presidida por los principios de buena fe, responsabilidad y confianza, tanto en las relaciones *inter partes* como frente a terceros; vid. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490, n. 73.

resolución de problemas concretos y, en definitiva, su coherencia con los postulados esenciales del sistema.

5. Las diferentes concepciones del fenómeno.

En la base de las opiniones favorables a la consideración de la conversión como remedio general admisible en nuestro sistema, aun faltando una norma *ad hoc*, y por aplicación de un principio general de Derecho (corolario de los anteriormente señalados: conservación del negocio, autonomía de la voluntad, buena fe), se encuentran con frecuencia concepciones del fenómeno o del mecanismo a través del cual opera que resultan, al menos discutibles o insuficientes; especialmente si se tiene en cuenta que los puntos de referencia en el estudio del instituto no pueden ser otros que la elaboración doctrinal que le ha dado origen y los ordenamientos que lo han asumido a nivel de norma positiva y general:

a) Hay quien ve en la conversión un tratamiento por medio del cual se atribuye al negocio, en vía principal, la calificación adecuada a la finalidad buscada *in concreto*, por aplicación de los principios fundamentales del ordenamiento en materia negocial⁶²⁸. Sin embargo, hemos visto anteriormente cómo la conversión actúa una vez que se ha constatado que la interpretación y calificación del contrato conforme a las reglas generales

⁶²⁷ Así, DE LOS MOZOS, *El principio de buena fe*, cit., pp. 138 y ss.. especialmente p. 141, con referencias a su obra anterior, *La conversión...*, tantas veces citada. También LACRUZ, *op. cit.*, II, 2ª, p. 395.

⁶²⁸ Vid. RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.*, pp. 375-377. Consideramos que el autor parte de un análisis correcto de los mecanismos admisibles en nuestro Derecho; sin embargo, movido por el intento de dar entrada a la conversión, termina por atribuir a ésta una configuración equivocada. Según el autor, concebir la conversión jurídica como un cambio de la naturaleza de un negocio para atribuirle un valor que de otro modo no tendría, “supondría que el Derecho puede modificar la calificación negocial saltando las barreras de sus propios preceptos (que imponen una caracterización específica) y de la voluntad de quien hace la declaración (que se propone conseguir un resultado final concreto), lo que no puede admitirse dada la necesidad de buscar la tipificación negocial a través de ese doble juego, objetivo y subjetivo, que ordena el propio Derecho. Atendiendo a estas razones, el sistema de la conversión no puede entenderse como una variación que el ordenamiento jurídico hace sobre la naturaleza ya concedida a un acto o negocio determinado (que es inamovible por ser definitiva), sino como una actitud previa a esa calificación que en la realidad práctica del tráfico jurídico aparece como si fuera posterior (...); la finalidad o resultado propuesto por el sujeto es el que contribuye principalmente a tipificar el negocio, y el Derecho le concede la naturaleza que le corresponda con arreglo al propósito que se fije. No hay conversión jurídica propiamente dicha de un negocio, sino atribución de un valor concreto”. Y añade: “La conversión de un negocio sin mandato de la ley no puede concebirse como tal, ya que es necesario que así lo disponga expresa o tácitamente una norma concreta”. En definitiva, siendo correcta la premisa relativa a las exigencias del ordenamiento, la necesidad sentida por el autor de asumir de todos modos la conversión como mecanismo operante en él le lleva a formular una segunda premisa errónea: aquella según la cual la esencia de la conversión sería la búsqueda de la calificación correcta. Los ejemplos propuestos (algunos de los cuales ya hemos examinado: arts. 1.741, 1.768...) ponen de manifiesto la inadmisibilidad de tal concepción.

(tomando por tanto como punto de referencia esencial la causa concreta del mismo) conducen indefectiblemente a la frustración de la iniciativa negocial. La conversión supone, por su misma esencia y función, una desviación de las reglas generales que ordenan la asimilación de la autonomía negocial por el ordenamiento.

b) Para otros autores, la conversión significa atribuir al negocio una calificación distinta de la que le correspondería, de un modo directo, según los criterios ordinarios de interpretación y calificación; “una calificación corregida (correcta) que le salva de la invalidez a cambio de producir efectos algo distintos, en general más limitados o más débiles”⁶²⁹. El análisis nos parece exacto, pero insuficiente: en la conversión hay, en efecto, un cambio en la calificación del contrato; pero tal mutación no constituye la esencia explicativa del fenómeno, sino su consecuencia. Y no parece evidente la posibilidad de llegar a ese efecto sobre la base de los principios invocados – principio de conservación, buena fe, autonomía privada-, tal como resultan configurados en el ordenamiento español. La conversión, como señalábamos en otro lugar, supone una mutación de la causa del contrato⁶³⁰, y nos parece dudoso que se pueda llegar a esa mutación si no es en presencia de una expresa intervención legal, ya sea general o concreta⁶³¹.

c) También se ha hablado de la conversión como hipótesis de aplicación de los principios generales en materia de causa falsa⁶³²; pero ya vimos cómo en los supuestos de conversión no cabe apreciar la existencia de una duplicidad de causas, una falsa y otra verdadera, sino una mutación de la causa originaria del contrato operada por el ordenamiento.

d) Otra concepción, procedente de la elaboración doctrinal italiana (concretamente, de la concepción objetiva mantenida por MOSCO), parte de atribuir a la norma que prevé la conversión del acto nulo una naturaleza esencialmente dispositiva; de tal manera que el fenómeno de conversión aparece como una consecuencia de la función integradora de la

⁶²⁹ LACRUZ, *op. cit.*, II, 2º, p. 396.

⁶³⁰ Así lo reconoce, exactamente, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 108; una referencia a este aspecto, ORTEGA PARDO, *op. cit.*, p. 437.

⁶³¹ Particularmente arriesgada nos parece la propuesta de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 327, cuando afirma que la utilización de la conversión “es delicada, ya que supone una interpretación y una calificación correctoras, dirigidas, oblicuamente, hábilmente, a evitar la invalidez o la ineficacia, permitiendo eludir el estigma de la nulidad cuando el fin práctico pretendido pueda merecer el amparo legal”. Que el juez esté obligado a realizar esta delicada operación, cuando los mecanismos que le proporciona el ordenamiento para enjuiciar la validez del negocio han conducido a un resultado seguro de nulidad, no nos parece probable.

propia norma, actuada, no mediante un mecanismo de interpretación, sino de doble calificación del supuesto de hecho, y determinante de una reducción en el contenido o en el objeto del negocio nulo. Bien entendido que, para que pueda operarse dicha reducción debe existir una cierta predisposición precisamente a nivel del objeto o del contenido, aspecto éste en el que se encontraría la clave de todo el fenómeno de conversión ⁶³³.

A nuestro juicio, afirmar que la norma que prevé la conversión del negocio inválido tiene un carácter dispositivo, en cuanto que puede ser excluida por la voluntad de las partes, no permite explicar convenientemente un mecanismo especialmente complejo, como es el que nos ocupa. Ante todo, parece claro que se trataría de una norma dispositiva sumamente peculiar: una norma dispositiva que “limita por razones técnicas o de política legislativa (la voluntad negocial), corrigiendo su contenido si a ello no se opone la propia voluntad de las partes” ⁶³⁴; una norma dispositiva cuya exclusión del reglamento negocial tendría su fundamento en una voluntad ... contraria a la eficacia del negocio; una norma dispositiva, en fin, cuya existencia no es evidente para las partes a falta de una específica previsión legal, por lo que su exclusión exigirá una excepcional previsión por parte de los sujetos, algo extraordinariamente improbable si no se vincula a la previsión de la propia nulidad del acto. No se trata, en nuestra opinión, de una norma destinada a integrar la disciplina normativa del supuesto de hecho negocial a falta de una previsión de las partes al respecto, lo que constituye la naturaleza y función esencial de las normas dispositivas.

Y es que, en definitiva, como señalábamos en otro lugar ⁶³⁵, la conversión no opera en sede de integración del reglamento contractual, sino en sede de valoración del supuesto de hecho; la norma que la establece no puede ser dispositiva, ya que en ella se prevé un criterio de valoración peculiar del supuesto de hecho, aplicable sólo en determinadas circunstancias, pero no derogable por voluntad de las partes cuando se den esas circunstancias. La voluntad de los sujetos susceptible de precluir el mecanismo de conversión adquiere relevancia en sede de configuración del supuesto de hecho al que el ordenamiento vincula el efecto de conversión: en presencia de una voluntad contraria, no es que se excluya la aplicación de la norma; simplemente no se dará el supuesto de hecho

⁶³² PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 887. Vid. *supra*, n. 572.

⁶³³ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 78 y ss., p. 91, p. 115 y p. 117. En el mismo sentido se había pronunciado ya anteriormente VALLET, *op. cit.*, pp. 1.314 a 1.319.

⁶³⁴ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 154.

⁶³⁵ Vid. *supra*, II, parágrafo 9, D).

previsto por ella. En realidad, conforme a la concepción de la conversión que aquí venimos manteniendo, lo decisivo para excluir la convertibilidad del negocio nulo no será la existencia de una voluntad propiamente dicha contraria a ello, sino más bien la constatación de la inidoneidad de la conversión para satisfacer, en una medida suficiente, la finalidad económico-práctica concreta de las partes; que dicha constatación pueda resultar explícita o implícitamente de la propia formulación volitiva de las partes es indudable, pero la razón de la no conversión no será esa voluntad, sino la falta del presupuesto de aplicación exigido por la norma.

Por lo que se refiere en concreto al ordenamiento español, por otra parte, habría que demostrar, ante todo, la existencia de una tal norma “dispositiva”, dotada de un alcance general, lo que, como ya hemos advertido, nos suscita importantes dudas.

En cuanto a la consideración según la cual la clave del fenómeno de conversión ha de buscarse en el objeto y en el contenido del negocio, parte de la concepción del objeto del negocio como “consecuencia jurídica del intento práctico”⁶³⁶; lo que está en claro contraste con el concepto de objeto que se deduce del Código Civil (arts. 1.271 a 1.273), es decir, las cosas o servicios a los que se refiere el contrato o, en términos más amplios, “la realidad social sobre la cual el contrato, como negocio, incide”⁶³⁷.

La teoría de la conversión como reducción del contenido o del objeto del negocio - teoría que ha de ponerse en conexión con la exigencia de una “relación de continencia” entre los tipos negociales tomados en consideración-, ha sido objeto de crítica en la doctrina italiana⁶³⁸ y también ha sido rechazada en este trabajo⁶³⁹. Baste añadir ahora que, en el seno de una construcción decididamente objetivista. como la que ahora estamos examinando, la concepción de la conversión en términos de reducción “estructural” del negocio en cuanto a su contenido u objeto resulta incoherente; no debemos olvidar que se trata de un planteamiento originalmente fundado en la tendencia (sentida primero por los Pandectistas y luego por la jurisprudencia y por un sector de la doctrina italiana) a legitimar la aplicación de la conversión sobre la base de una voluntad efectiva de las partes,

⁶³⁶ Formulada por DE LOS MOZOS siguiendo a MOSCO, *op. cit.*, p. 115. Vid., en la misma línea, VALLET, *op. cit.*, pp. 1.315 y ss.

⁶³⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, p. 146.

⁶³⁸ GANDOLFI, “Il principio de conversione...”, cit., p. 214.

⁶³⁹ Vid. *supra*, II, parágrafo 7.

dirigida subsidiariamente a un segundo negocio “contenido” en el celebrado por ellas ⁶⁴⁰. Superada esa concepción, residuo de la influencia del dogma de la voluntad, la tesis de la conversión como reducción pierde su razón de ser, choca con la *ratio* del mecanismo (y con la letra de los textos positivos que lo han recogido) y conduce (como ha ocurrido en Italia) a una efectiva inaplicación del instituto mismo ⁶⁴¹.

Por otra parte, la propia concepción objetiva defendida por MOSCO (y seguida en España por DE LOS MOZOS) y su crítica de las concepciones subjetivas parten de una inadecuada identificación, como conceptos prácticamente equiparables, de la voluntad presunta y la voluntad hipotética ⁶⁴². La escasa relevancia concedida por estos autores a la referencia que el § 140 B.G.B. y el art. 1.424 C.c. italiano hacen al elemento subjetivo (voluntad hipotética) ⁶⁴³, conduce a afirmaciones como aquella según la cual “la conversión no siempre se realiza teniendo presente el intento práctico de las partes” ⁶⁴⁴; afirmación que consideramos inaceptable, si hablamos de conversión sustancial, y no de determinadas hipótesis de conversión legal. En el mismo sentido, la atribución al concepto de “finalidad práctica” en materia de conversión de una relevancia esencialmente negativa -consecuencia de la confusión entre dicho concepto y el contenido de la declaración de voluntad de las

⁶⁴⁰ Resulta significativo el hecho de que ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español*, 3ª ed., vol. 1, Madrid, 1968, aceptando el planteamiento de DE LOS MOZOS (pp. 416-417), configure la conversión como un tratamiento ordenado a la producción de los “efectos jurídicos” queridos por las partes, en la medida de lo posible, a través de un negocio distinto, aunque similar al celebrado por ellas (p. 415); lo que supone una vuelta a la superada consideración de los efectos jurídicos queridos como punto de referencia del propio tratamiento. Se olvida así que, como consecuencia de la conversión, los efectos jurídicos efectivamente producidos pueden ser distintos, no sólo en sentido cuantitativo, sino también cualitativo; mientras que, por el contrario, resulta decisivo el plano del resultado práctico perseguido. Una crítica a esta teoría de los efectos jurídicos se encuentra en VALLET, *op. cit.*, p. 1.316.

⁶⁴¹ La teoría de la reducción del negocio ya había sido defendida en España por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *op. cit.*, p. 369, exigiendo además la concurrencia de una voluntad hipotética favorable a ella, cuya constatación habría de producirse por vía interpretativa. El mismo DE LOS MOZOS reconoce la imprecisión de la fórmula, que aproxima la conversión a la nulidad parcial; *op. cit.*, p. 21 y p. 120, n. 329).

⁶⁴² DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 79; VALLET, *op. cit.*, p. 1.309. La confusión señalada, frecuente entre los mantenedores de la concepción objetiva de la conversión, ha sido denunciada en Italia por GANDOLFI, “Il principio di conversione...”, *cit.*, p. 209, subrayando el hecho de que en ella se encuentra en gran parte la raíz de muchas de las discusiones suscitadas en aquel país en materia de conversión; discusiones que, al fin, han conducido con frecuencia a una radical incomprensión del instituto configurado en los Códigos alemán e italiano (con reflejo en la doctrina de otros países). Un ejemplo jurisprudencial de esa confusión lo encontramos en la STS de 10 de octubre de 1977, que, a propósito de la nulidad parcial, señala como factor decisivo para la admisibilidad de ésta la posibilidad de apreciar una “voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio”.

⁶⁴³ Vid. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁶⁴⁴ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 98.

partes-⁶⁴⁵, revela, a nuestro juicio, una incomprensión del sentido y función que a esa finalidad corresponde dentro del mecanismo aplicativo de la conversión.

e) Se ha hablado también de la conversión como “efecto extranegocial”, en cuanto que, a diferencia de otras figuras que implican también una derogación del principio *quod nullum est, nullum producit effectum* (nulidad parcial, convalidación, conversión formal), la eficacia que se salva de la nulidad en este caso es nueva y distinta respecto a los efectos propios del negocio mismo⁶⁴⁶. Esta concepción, en definitiva, reduce el contrato nulo a un mero hecho al que el ordenamiento vincula ciertos efectos independientemente de la voluntad de los sujetos: lo que nos resulta absolutamente contradictorio con la formulación y ubicación sistemática dada a la conversión material en los ordenamientos que la han acogido, con la *ratio* del tratamiento y con la misma esencia del fenómeno negocial. En los ordenamientos alemán e italiano (más claramente en este último), la función atribuida a la conversión ha de ponerse en conexión directa con la tutela de la autonomía privada, entendida, ya no como manifestación del poder de la voluntad individual, sino como un útil instrumento para la consecución de un determinado orden económico conforme a las directrices del ordenamiento. En este contexto, el resultado al que conduce la aplicación del tratamiento aparece como una expresión de la autonomía privada de los sujetos: es el propio negocio jurídico celebrado por las partes el que, por medio de la conversión, escapa a la sanción de nulidad (que lo reduciría a la condición de mero hecho) y produce efectos jurídicos propiamente negociales⁶⁴⁷.

Una formulación parcialmente corregida de la concepción ahora examinada es aquélla que percibe en el fenómeno de la conversión una duplicidad de negocios, siendo el negocio convertido distinto del nulo, aunque “construido” sobre la base de los elementos de este último, y entre ellos fundamentalmente las declaraciones de voluntad; de tal manera que éstas son tomadas en consideración como elementos de un supuesto de hecho al que se vincula como efecto la creación de un negocio jurídico, si bien ello implica una alteración de la conexión directa entre declaraciones de voluntad y efectos negociales que, conforme

⁶⁴⁵ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 104: “Donde es verdaderamente relevante el intento práctico de las partes respecto de la conversión es en el supuesto de que éstas hayan manifestado de una manera o de otra una voluntad contraria a la misma, en cuyo caso la conversión no puede tener lugar; pero aquí también se pone de relieve la función puramente negativa y más que nunca de este presupuesto o requisito de la conversión”.

⁶⁴⁶ CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, I, 2º, 14ª ed., Madrid, 1987, p. 954.

⁶⁴⁷ Como señala DE LOS MOZOS, la conversión ha de ser considerada, aunque sea con dificultad, como un efecto negocial en sentido propio; *op. cit.*, p. 162.

a las reglas generales, es característica del fenómeno negocial⁶⁴⁸. Teoría de la duplicidad de negocios que, como acabamos de ver, no responde a la esencia de la conversión y que, por lo demás, quedó definitivamente superada con la formulación del art. 1.424 del C.c. italiano (que vino a corregir en este punto la inexactitud en la que, por influencia pandectista, incurrieron los redactores del § 140 B.G.B.)⁶⁴⁹.

6. Hipótesis de conversión en nuestro sistema propuestas por la doctrina.

En coherencia con la afirmación de un principio general de conversión en nuestro Derecho, la doctrina ha propuesto numerosos ejemplos de aplicación del mismo no previstos por la ley⁶⁵⁰, en muchos casos resultado de la “importación” de soluciones acogidas por la doctrina y la jurisprudencia de Alemania e Italia. Un examen detenido de todos estos ejemplos nos llevaría tal vez demasiado lejos, pero sí conviene hacer referencia a algunas de las propuestas más sugestivas, a fin de poder determinar en qué medida se trata de soluciones posibles, oportunas o incluso necesarias:

a) Entre las hipótesis tradicionalmente consideradas, hemos de mencionar ante todo alguna que hoy en día ha quedado ya superada como resultado de determinadas reformas legislativas. Es el caso -propuesto por VALLET- de la conversión de la donación *inter vivos* entre cónyuges, nula conforme a la redacción originaria del art. 1.334, en donación *mortis causa*, cuando no hubiera sido revocada por el donante antes de morir y el donatario le hubiera sobrevivido⁶⁵¹. Sin entrar en la discusión de fondo sobre la posibilidad de reconocer tal eficacia a las referidas donaciones -la validez que hoy les reconoce sin

⁶⁴⁸ RIERA AISA. *op. cit.*, p. 716: “Indudablemente nos encontramos en presencia de un raro fenómeno que provoca el nacimiento de un negocio jurídico, por efecto precisamente del juego de las declaraciones de voluntad más o menos directas contenidas en el negocio nulo”.

⁶⁴⁹ Vid. *supra*, II, parágrafo 10. C).

⁶⁵⁰ Vid. sobre todo DE LOS MOZOS, *La conversión...*, cit., pp. 150 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 2º, p. 468; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490, n. 72.

⁶⁵¹ En efecto, al estudio en particular de este caso, manteniendo la tesis favorable a la existencia en él de una hipótesis de conversión material, dedicó VALLET DE GOYTISOLO su interesante y ya clásico trabajo, al que hemos hecho referencia en diferentes ocasiones: vid. especialmente pp. 1.286 y ss., y en particular p. 1.297. La opinión de VALLET fue compartida íntegramente por DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 154-155; pero también fue objeto de contradicción por parte de diferentes autores, entre ellos FUENMAYOR, ROCA SASTRE y, con matices, LACRUZ; vid., al respecto, CASTÁN, *Derecho Civil...*, t.V, vol. 1º, 9ª ed., Madrid, 1976, p. 495, n. 1. El art. 1.344 fue, sin embargo, derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. El nuevo art. 1.323 establece: “El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

cortapisas la ley nos exime de la necesidad de pronunciarnos sobre el tema ⁶⁵²-, creemos que, aun aceptándola, sería discutible la interpretación del fenómeno en términos de conversión. Y ello por una razón que está en la base de la propia argumentación de VALLET, para quien el sentido del antiguo art. 1.334 (“será nula toda donación entre cónyuges durante el matrimonio”) no era el de sancionar con nulidad absoluta toda donación realizada durante el matrimonio, sino el de limitar temporalmente la nulidad de las donaciones entre cónyuges al período de duración del matrimonio ⁶⁵³. De este modo, a la muerte del donante la donación adquiriría eficacia, siempre que se dieran los requisitos de no revocación y de supervivencia del donatario. Ahora bien, partiendo de tal interpretación del art. 1.334, habría que concluir que la eficacia de la donación a la muerte del donante no exigiría fenómeno de conversión alguno; la donación no cambiaría de naturaleza, no se “convertiría” en una donación *mortis causa*, sino que vería solamente “suspendida” su validez, en coherencia con el alcance de la propia sanción de nulidad establecida por la ley. La equiparación de efectos a la donación *mortis causa* no resultaría de una modificación en la naturaleza del contrato, sino de la correcta interpretación y aplicación de la peculiar sanción de nulidad “temporal” diseñada por el art. 1.334. Una vez más, el recurso al mecanismo de la conversión se revela como innecesario, a nuestro juicio ⁶⁵⁴.

b) Se ha considerado aplicable en España la conversión del “derecho real de prenda nulo” en derecho de retención en favor del acreedor pignoraticio que ha recibido efectivamente la entrega de la cosa ⁶⁵⁵. La formulación de la hipótesis nos plantea dudas; no creemos que sea del todo correcto hablar de nulidad o de conversión en relación con un

⁶⁵² Sí conviene señalar que la tesis de VALLET fue expresamente rechazada por la STS de 28 de octubre de 1965, que subrayaba “su deficiente apoyo en una simple redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de una nulidad total e insubsanable, y porque tal tesis, pugna abiertamente con lo establecido en el art. 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso que la eficacia de tales donaciones, requeriría inexcusablemente un acto de disposición *mortis causa* que no ha existido en el caso de autos”. Obsérvese que la sentencia, al exigir una determinación volitiva inequívocamente orientada a la configuración de un negocio de disposición *mortis causa*, está rechazando implícitamente que se pueda llegar a éste como resultado de un mecanismo de conversión.

⁶⁵³ *Op. cit.*, pp. 1.322 y 1.325.

⁶⁵⁴ Nótese que el propio VALLET parece ser consciente de la viabilidad de un argumento como el esgrimido por nosotros: “El art. 1.334 no impide la conversión, sino que implícitamente la facilita y ordena al limitar la nulidad *durante el matrimonio*. Frase que, *aun cuando no existiera la figura jurídica de la conversión* [el subrayado es nuestro], debería llevarnos a un resultado práctico parecido al logrado a partir de la *Oratio*. La determinación de tiempo nos recuerda más la construcción de D’ANCONA, del *negotium imperfectum*, que al negocio absolutamente nulo”; *op. cit.*, p. 1.325.

⁶⁵⁵ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 151.

derecho real de prenda, ya que ambos conceptos, en puridad, deben predicarse del contrato o del negocio. Quizá la formulación más correcta del supuesto sería: conversión del contrato constitutivo de prenda nulo en contrato orientado a atribuir al acreedor la facultad de retener una cosa efectivamente entregada por el deudor hasta que se le pague el crédito que se pretendía garantizar mediante prenda ⁶⁵⁶. El ejemplo se toma de la experiencia jurisprudencial alemana, donde el mismo se articula sobre la base del reconocimiento general, tanto del derecho de retención ⁶⁵⁷ como del mismo tratamiento de conversión. Ahora bien, no podemos olvidar que el derecho de retención presenta un carácter marcadamente excepcional en el ordenamiento español ⁶⁵⁸, por lo que sólo cabría reconocerlo en el caso de que apareciese vinculado expresamente por la ley al supuesto de hecho planteado o, a nuestro juicio, en el caso de que constase una voluntad inequívoca favorable a conceder la facultad correspondiente al acreedor. En su caso, el derecho de retención del acreedor podría encontrar un fundamento legal en su condición de poseedor de buena fe (art. 453), aunque evidentemente su función de garantía se limitaría a los gastos necesarios y útiles realizados sobre la cosa, y no alcanzaría al crédito principal; en cuanto a su constitución por vía convencional, no creemos que sea posible llegar a ella a través del mecanismo de la conversión, dada la exigencia de una voluntad inequívoca que, existiendo (de una forma implícita y subsidiaria), haría inútil el recurso a la conversión. Por ello, no nos parece que la solución apuntada sea admisible en nuestro sistema; siendo nulo el contrato de prenda, el acreedor no podrá retener la cosa recibida del deudor, y sólo podrá alegar, en su caso, la ineficacia del contrato principal condicionado a la eficacia del contrato accesorio de prenda.

⁶⁵⁶ La posibilidad de un establecimiento voluntario por parte de los interesados de dicha facultad -que en todo caso tendría un carácter meramente obligatorio, y no real- no ofrece dudas, con base en el principio de autonomía de la voluntad. Además, en este caso no sería esencial la existencia de vinculación alguna entre la cosa objeto de retención y la obligación asegurada; vid. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., II, 1º, 8ª ed., Barcelona, 1989, p. 260; LACRUZ y SANCHO, *Elementos...*, cit., II, 1.º, p. 363. Vid. también la Ley 473 de la Compilación Navarra, que prevé expresamente la posibilidad de un derecho de retención convencional.

⁶⁵⁷ El § 273 del B.G.B. configura el derecho de retención en términos amplísimos: “Si el deudor, derivada de la misma relación jurídica en que descansa su obligación, tiene una pretensión vencida contra el acreedor, puede, en tanto otra cosa no se deduzca de la relación obligatoria, negar la prestación debida hasta que sea efectuada la prestación que a él corresponde (derecho de retención)./ Quien está obligado a la entrega de un objeto tiene el mismo derecho si le corresponde una pretensión vencida a causa de gastos -realizados- en el objeto o a causa de un daño que éste le haya causado, a no ser que haya obtenido el objeto por un acto ilícito dolosamente realizado (...)”; trad. de MELÓN INFANTE, en el *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS y otros, cit., Barcelona, 1955, p. 58.

⁶⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. I, cit., p. 592.

c) Se habla también de conversión respecto a aquéllos negocios que, no pudiendo producir el efecto real al que están orientados (creación, transmisión o modificación de un derecho real, entre las partes y también frente a terceros) por un defecto de forma, podrían “convertirse” en negocios dotados de una eficacia limitada *inter partes*⁶⁵⁹. Esta fórmula, sin embargo, puede encerrar una cierta confusión de planos, ya que se mezclan en ella cuestiones relativas al valor de la forma contractual, oponibilidad frente a terceros, problemas de prueba, y exigencias legales en cuanto a los cambios reales:

c’) Si la forma constituye un requisito de validez del contrato, su falta determinará la nulidad del contrato e impedirá que éste, como tal contrato, produzca efecto alguno, tanto *inter partes* como respecto a terceros, y tanto obligatorio como real (fuera de la eventual concurrencia del supuesto de conversión formal del art. 1.223). Cualquiera de las partes podrá utilizar la correspondiente acción de nulidad, sin perjuicio de que el abuso en el ejercicio de la misma pueda determinar su rechazo por los Tribunales⁶⁶⁰. En algún caso, sin embargo, pueden plantearse dudas; particularmente, en el caso del contrato de hipoteca, respecto del cual se suele afirmar que es requisito de validez la escritura pública. La falta de ésta debería determinar, en consecuencia, la nulidad absoluta del contrato, lo que excluiría, ante todo, la atribución a cada una de las partes de la facultad de compeler a la otra al otorgamiento de la escritura, conforme al art. 1.279, y sin perjuicio de los eventuales efectos que pudieran derivarse de los tratos preliminares (*culpa in contrahendo*,

⁶⁵⁹ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 151 y n. 412; vid. en Italia CARRESI, *op. cit.*, p. 592, y MESSINEO, *Doctrina general...*, cit., cit. p. 276, n. 24.

⁶⁶⁰ Vid., sobre el tema, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 196-198. El rechazo de la acción de nulidad por defecto de forma *ad solemnitatem* sobre la base del abuso del derecho podría aparecer, en principio, como un mecanismo adecuado para evitar resultados contrarios a la equidad y a la buena fe, sin necesidad de recurrir a una innecesaria mutación de la naturaleza jurídica del negocio vía conversión. Con todo, la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios a efectos de negar una pretensión fundada en una causa de nulidad radical –y, en concreto, por un defecto de forma *ad solemnitatem*– no deja de ser discutible. Así, en Alemania, LARENZ subraya que tal solución puede ser incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica y con la posible estimación de oficio por el Tribunal de las causas de nulidad; advirtiendo, sin embargo, que la protección de la confianza de la contraparte puede garantizarse mediante la responsabilidad por culpa *in contrahendo*; vid. *Derecho de obligaciones*, trad. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Madrid, 1958, pp. 159-161. Implícitamente parece aceptar este planteamiento el propio DÍEZ-PICAZO, al poner en relación la doctrina de los actos propios con el mecanismo de la confirmación de los contratos anulables o, en el extremo, de los contratos nulos susceptibles de ratificación; vid. *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 176; y también el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones en el mismo sentido (STS 31 de diciembre de 1931, 30 de mayo de 1958, y otras). Con todo, ha aplicado –al parecer– dicha doctrina a un supuesto de donación nula por defecto de aceptación la STS de 23 de mayo de 1987 (vid. comentario de ATAZ LÓPEZ, en *C.C.J.C.*, nº 14, 1987, pp. 4.649 y ss.); y también admite esta solución ALBALADEJO, “De la donación”, en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. VIII, vol. 2º, Madrid, 1986, pp. 200-201.

p. ej.)⁶⁶¹. Se advierte, sin embargo, que el contrato de hipoteca verbal o constante en documento privado podría producir los efectos de una promesa de hipoteca, esto es, efectos meramente personales (art. 1.862)⁶⁶².

Planteada la situación en estos términos, nos encontraríamos sin duda en presencia de una hipótesis de conversión material, paralela al clásico ejemplo propuesto por la doctrina italiana anterior al *Codice* de 1942 (conversión de la compraventa nula por defecto de forma en promesa de venta)⁶⁶³. Ahora bien, cabría preguntarse, ante todo, en qué medida el contrato dirigido a la constitución del derecho real de hipoteca ha de constar en escritura pública para ser válido y producir los efectos obligatorios que le son propios. En efecto, de la lectura de los arts. 1.857 y 1.875 del C.c. y 145 de la Ley Hipotecaria se deduce que la inscripción en el Registro y el previo otorgamiento de escritura pública son requisitos exigidos para la válida constitución del derecho real, no para el contrato mismo; por el contrario, éste, aun no constando en escritura pública, será perfectamente válido y obligará al promitente (art. 1.862) a procurar la válida constitución del derecho real de hipoteca, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública (arts. 1.279 y 1.280,1º) y la ulterior inscripción⁶⁶⁴.

La explicación apuntada excluiría la sanción de nulidad del contrato y, por consiguiente, la necesidad de recurrir a su conversión en promesa de constituir hipoteca. Pero, aun admitiendo la interpretación habitual según la cual el contrato de hipoteca exige, como requisito de validez, la escritura pública, tampoco nos resultaría clara la oportunidad de la conversión propuesta. En efecto, se ha señalado⁶⁶⁵ que el incumplimiento de la promesa de hipoteca (o contrato preliminar de hipoteca) faculta al acreedor para exigir el cumplimiento forzoso en forma específica, lo que puede implicar que el otorgamiento de la escritura pública se realice en virtud de la correspondiente declaración judicial; ulteriormente, del contrato así concluido nacerá la facultad de exigir las restantes

⁶⁶¹ SANCHO REBULLIDA, en *Elementos...*, de LACRUZ y otros, cit., III, 2º, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 357.

⁶⁶² *Op. loc. cit.*, y, más claramente, en p. 361.

⁶⁶³ Vid. II, parágrafo 3, n. 186.

⁶⁶⁴ Coincide con nuestra opinión en este punto la de ATAZ LÓPEZ, en su comentario al art. 1.254 en *Comentarios al C.c. y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVII, vol. 1º-A, Madrid, 1993, p. 29, n. 32.

solemnidades necesarias para la efectiva constitución del derecho real de hipoteca ⁶⁶⁶. Con lo cual, en último término, se llegará a la misma situación que si se hubiera reconocido la validez y eficacia obligatoria del contrato de hipoteca no formalizado en escritura pública. En definitiva, admitir la conversión en este caso significaría privar de toda virtualidad a la pretendida exigencia de forma solemne en el contrato de hipoteca.

c'') Si la forma se exige para que la eficacia del contrato -obligatoria o real- sea oponible a terceros (así ocurre en los casos previstos por los arts. 1.280, párrafos 2º, 3º y 4º, 1.219, 1.230 y 1.865 del C.c.), su falta hará inoponible el contrato frente a ellos, pero no excluirá su plena eficacia *inter partes*. Pero la oponibilidad frente a terceros no es una cualidad o un efecto intrínseco del contrato, sino un efecto añadido que el ordenamiento reconoce a aquél cuando responde a determinadas exigencias formales relacionadas con la protección de la seguridad del tráfico y de los intereses de terceros ⁶⁶⁷. La naturaleza del contrato no cambia por el hecho de no ser oponible a terceros; por tanto, carece de sentido hablar de conversión en el caso de los contratos dirigidos a la constitución o modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles, que, de no realizarse en escritura pública, “sólo tendrán valor *inter partes*” ⁶⁶⁸.

c''') Por último, puede ocurrir que un determinado requisito de forma *lato sensu* venga impuesto por el ordenamiento para la producción de un determinado efecto real (p. ej., tradición instrumental para la transmisión de la propiedad en la compraventa, inscripción registral para la constitución del derecho real de hipoteca, etc.). En este caso, la falta de ese requisito excluirá la realización de tal efecto, pero no afectará a la eficacia obligatoria del contrato ni alterará la naturaleza de éste; por el contrario, la aportación de las formalidades necesarias constituirá una parte esencial del contenido de la posición

⁶⁶⁵ Vid. GUILARTE ZAPATERO, V.: “Comentarios a los arts. 1.822 a 1.886”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XXIII, Jaén, 1979, pp. 385-386, con cita de otros autores.

⁶⁶⁶ *Op. cit.*, p. 384.

⁶⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, p. 192. La oponibilidad se reconoce de un modo general a los contratos sin necesidad de observar formalidad alguna: en último término, los contratos serán oponibles frente a terceros cuando se pueda probar su existencia y contenido conforme a las reglas generales en materia de prueba. Sin embargo, en determinados casos, como los señalados, el ordenamiento exige un *plus* para reconocer la oponibilidad.

⁶⁶⁸ DE LOS MOZOS, *op. loc. ult. cit.* El autor realiza una formulación algo confusa, ya que parece hablar de negocios con eficacia real que, por defecto de forma, se “convierten” en negocios constitutivos de “derechos con carácter limitado *inter partes*”, cuyo objeto sería “radicalmente distinto al de sus correlativos negocios con eficacia real”. Con lo que parece estar mezclando el tema de la eficacia obligatoria o real de los contratos con el de la oponibilidad o no de éstos.

obligatoria de los sujetos, y su falta dará lugar a una hipótesis de incumplimiento contractual. No hay lugar, por tanto, a hablar de conversión tampoco en este caso ⁶⁶⁹.

d) Se ha propuesto también la posibilidad de convertir un negocio transmisivo de un derecho real limitado (usufructo, enfiteusis), nulo por la inalienabilidad del mismo, en un negocio transmisivo del mero ejercicio del derecho ⁶⁷⁰. El ejemplo procede una vez más del Derecho alemán, donde el § 1.059 del B.G.B., tras afirmar que “el usufructo no es transmisible”, añade que su ejercicio “puede ser cedido a otra persona” ⁶⁷¹. En nuestro ordenamiento, el art. 480 reconoce al usufructuario con carácter general la facultad de disponer de su derecho, a título oneroso o gratuito, y de arrendar la cosa, si bien advierte que “todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo”. En todo caso, la alienabilidad del usufructo puede ser excluida por el título constitutivo -negocial o legal-. Ahora bien, en el sistema del C.c. sólo se señala como hipótesis de usufructo legal hoy en día el del cónyuge viudo sobre la herencia del premuerto (arts. 834 y ss.), y su alienabilidad se deduce del hecho de ser hipotecable (art. 108,2º L.H.) ⁶⁷²; en cuanto al usufructo voluntario, sólo podría plantearse la hipótesis de nulidad del acto de disposición realizado por el usufructuario en el caso de que en el título constitutivo se hubiese incluido una prohibición de disponer con alcance real ⁶⁷³. En este supuesto concreto, ¿sería admisible la conversión del acto dispositivo nulo en una

⁶⁶⁹ Nos parece inaceptable el ejemplo de “conversión formal” propuesto por RUIZ SERRAMALERA, *op. cit.* p. 377: “El caso de la hipoteca, en el que es indispensable para que ‘quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad’ (art. 1.875), pero que si así no se hiciera puede revelar la existencia de un préstamo o el reconocimiento de una deuda”. No alcanzamos a comprender qué tiene que ver el valor probatorio de una escritura de constitución de hipoteca con su eventual utilización como título para la inscripción registral. La falta de ésta implicará el incumplimiento del contrato de hipoteca, pero no por ello éste verá alterada su naturaleza, hasta el punto de servir solamente como prueba de la existencia de un préstamo o como reconocimiento de deuda. Si la escritura de hipoteca es utilizada con estos fines, lo será en cuanto hecho susceptible de ser valorado como elemento de prueba, y no como resultado de una mutación en su valor negocial.

⁶⁷⁰ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 151, n. 412.

⁶⁷¹ Conviene señalar que en la doctrina alemana el supuesto comentado se considera generalmente como ejemplo emblemático de la función del instituto de la conversión; no obstante lo cual se ha señalado en algún caso la posibilidad de llegar a la misma solución sobre la base de una valoración hermenéutica conducida conforme a un criterio de “razonabilidad”. Vid. GANDOLFI, *La conversione... I*)..., cit., p. 231, con cita de SILLER.

⁶⁷² RIVERO, en *Elementos...*, de LACRUZ y otros, cit., III, 2º, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 19; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., III, 5ª ed., Madrid, 1990, p. 405; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., III, 2º, 6ª ed., Barcelona, 1989, p. 43.

⁶⁷³ ALBALADEJO, *op. ult. cit.*, p. 41 y n. 49; y en la misma obra, III, 1º, p. 296. La prohibición de disponer de carácter meramente obligatorio no implicaría la nulidad del acto de disposición, sino sólo el resarcimiento de daños y perjuicios.

transmisión del mero ejercicio del derecho? La respuesta será desde luego negativa para quienes entienden que la transmisión del usufructo consentida por el Código es en realidad la transmisión de su ejercicio, con lo cual la prohibición relativa a aquélla debería entenderse referida a ésta. Esta postura no es mayoritaria ⁶⁷⁴; sin embargo, aun admitiendo la distinción entre transmisión del derecho y transmisión de su ejercicio, parece que la conversión del primero en el segundo podría chocar con una interpretación del acto constitutivo que, implícitamente, incluyese la prohibición de transmitir el ejercicio en la de transmitir el derecho mismo (p. ej., si con ello se pretendía dotar al derecho de usufructo de un carácter personalísimo) ⁶⁷⁵. Fuera de este supuesto, podría ser defendible la posibilidad de conversión -si se admitiera la viabilidad de este mecanismo en nuestro Derecho- de la transmisión del derecho en transmisión de su ejercicio; figura esta última que, siendo oneroso el contrato, podría configurarse como un arrendamiento de la cosa usufructuada.

e) Se menciona también el caso de los contratos bilaterales reales, cuya perfección depende -según la tesis tradicional- de la efectiva entrega de la cosa (depósito, mutuo, comodato, prenda); de tal manera que, aun siendo nulo uno de estos contratos por falta de entrega, el mismo podría ser convertido en el correspondiente negocio preparatorio consensual ⁶⁷⁶. El concepto de conversión no puede, a nuestro juicio, explicar convenientemente estas hipótesis, y ello por diferentes razones. Ante todo, hay que recordar que la misma categoría de los contratos reales, entendida por contraposición a la de los contratos consensuales, ha sido puesta en discusión desde hace bastante tiempo en España, donde todos los contratos se perfeccionan, en principio, por el mero consentimiento de las

⁶⁷⁴ Vid. ALBALADEJO, *op. ult. cit.*, III, 2º, p. 43, n. 54 bis.

⁶⁷⁵ Recuerda ALBALADEJO que, en la duda, la interpretación de la extensión del usufructo (y, por tanto, de los poderes atribuidos al usufructuario) ha de ser restrictiva; *op. ult. cit.*, p. 20. Hay que advertir que, en el supuesto señalado en el texto, la limitación en cuanto a la posibilidad de transmitir el ejercicio del derecho (en su caso, implícitamente incluida en la prohibición de disponer), sólo tendría un alcance obligacional, y no real. De este modo, la conversión del acto de disposición nulo en acto transmisivo del mero ejercicio del derecho sería posible, en principio, ya que el acto resultante no sería nulo; sin embargo, no creemos que en este caso estuviese suficientemente justificado el recurso a la conversión, ya que se trataría de salvar un acto nulo convirtiéndolo en otro que, sin serlo, constituiría un incumplimiento de una obligación negativa. Lo forzado de la construcción resultante nos induce a rechazar la posibilidad de conversión en este caso; el acto sería, por tanto, definitivamente nulo, y los intereses del tercero destinatario de aquel quedarían convenientemente protegidos por la vía de la responsabilidad *in contrahendo* del frustrado disponente.

⁶⁷⁶ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 153, y n. 418.

partes (arts. 1.254 y 1.258) ⁶⁷⁷. La función de la entrega en estos contratos será distinta para las hipótesis gratuitas y para las onerosas. En aquéllas, la entrega podrá asumir el valor de una formalidad susceptible de subvenir a la deficiencia causal que eventualmente puedan presentar contratos tales como el comodato, el mutuo o el depósito gratuitos antes de la entrega ⁶⁷⁸. En las hipótesis onerosas, la entrega funcionará más bien como presupuesto de hecho necesario para la constitución de determinadas situaciones o derechos (la situación de depósito, el derecho real de prenda) a las que el legislador, teniendo presente el esquema clásico del contrato real, vincula la exigibilidad de algunas de las obligaciones más características de estos contratos (custodia, restitución); lo cual no impedirá que, aun antes de la entrega, hayan surgido otras obligaciones de un contrato ya perfecto (p. ej., obligación de recibir la cosa el depositario, de entregarla el deudor pignoraticio, de conceder el crédito el mutuante). En todo caso, se tratará ya de verdaderos contratos perfectos, válidos y obligatorios, aunque se encuentren en una primera fase de su desarrollo, y no de simples contratos preliminares o promesas de contratos. No hay necesidad, por tanto, de recurrir a ningún mecanismo de conversión; al margen de que, aun aceptando la tesis de la realidad, antes de la entrega no habría en ningún caso contrato nulo, sino sólo un contrato en formación, al que sería inaplicable, como sabemos, la conversión ⁶⁷⁹.

Se han propuesto otras muchas hipótesis aplicativas de la conversión, tanto en el campo de los derechos reales ⁶⁸⁰, como en el de las obligaciones ⁶⁸¹ o de las sucesiones ⁶⁸².

⁶⁷⁷ Vid. especialmente JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, en particular pp. 135 y ss.; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 286 y 287. En Italia, FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952; NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975.

⁶⁷⁸ En sentido parecido, DE CASTRO, *op. loc. cit.* Así sucederá principalmente cuando no conste una voluntad inequívoca de dar al acuerdo previo a la entrega un carácter propiamente jurídico, y no meramente social o de cortesía.

⁶⁷⁹ Vid., al respecto, las consideraciones desarrolladas por CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 592.

⁶⁸⁰ DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 151 y ss.: Constitución de anticresis, concertada entre el acreedor y un tercero, nula, en fianza hasta el límite del valor de los frutos. La admisión de este supuesto nos parece difícil a la vista del art. 1.827: "La fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella".

⁶⁸¹ Nos limitamos a reproducir algunos de los ejemplos propuestos:

DE LOS MOZOS, *op. loc. ult. cit.*: Contrato de suministro que tenga por objeto transmitir la propiedad de los frutos, nulo, en compraventa de los frutos; contrato de transacción nulo en reconocimiento o remisión de deuda, cuando la primera tenga por objeto éstos; fianza en beneficio de un tercero, nula, en mandato de crédito; cesión de crédito nula en mandato irrevocable de cobro; admisión de un nuevo socio en una sociedad regular colectiva nula, en contrato de cuentas en participación; cesión de cuota social nula en cesión de cuanto se obtenga de dicha cuota; mutuo nulo estipulado por un banco en apertura de crédito; aval cambiario nulo en fianza por el tiempo de duración de la letra.

Aunque resulta imposible un estudio detallado de cada una de ellas, la consideración de algunas de las propuestas más llamativas nos permite afirmar que, en términos generales, los ejemplos propuestos por la doctrina como posibles aplicaciones de ese “principio general de conversión” no carecen de aspectos discutibles. Con frecuencia se toman en consideración soluciones que, siendo admisibles en otros ordenamientos, no lo son en el sistema español, ya sea por el mecanismo utilizado, ya por el resultado a que conducen; o bien cuentan con la posibilidad de encontrar una solución igualmente justa y adecuada por otras vías cuya aplicación parece menos arriesgada en el sistema español.

Hay que tener en cuenta, por otro lado, la dificultad de proponer hipótesis aplicativas de conversión aludiendo exclusivamente y en términos abstractos al binomio negocio original-negocio sustitutivo. A nuestro juicio, el tratamiento de conversión sólo puede ser propuesto legítimamente en presencia de un supuesto concreto, teniendo en cuenta de modo especial la causa que determina la nulidad del negocio efectivamente puesto en práctica por las partes y los concretos intereses subyacentes al mismo. Sólo de este modo quedarán sentadas las bases adecuadas para que pueda entrarse en la discusión sobre la posibilidad o no de resolver el concreto problema así planteado mediante el recurso a la conversión.

Por lo que se refiere en particular a las circunstancias determinantes de la nulidad del negocio, hemos de recordar que, en sistemas como el alemán o el italiano (especialmente, en el primero), el tratamiento de conversión ha encontrado un campo de aplicación especialmente propicio en el ámbito de los negocios nulos por defectos de

DE CASTRO, *op. cit.*, p. 490, n. 72: Contrato de Ayuntamiento sobre traída de aguas con exención de impuestos, en pacto de abonar el Ayuntamiento los correspondientes impuestos; préstamo de valuta extranjera en préstamo de valuta nacional; aceptación de la letra de cambio, en fianza del tomador respecto al endosante; poder irrevocable en poder revocable; cesión del derecho de opción (ya adquirida la cosa), en derecho de opción; subarriendo (extinguido el arrendamiento por adquisición de la finca por el subarrendador), en arrendamiento; endoso del resguardo de depósito, en cesión de la facultad de recoger lo depositado.

ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., II, 1º, pp. 467-468: Donación nula en préstamo o comodato; novación nula de una obligación, encontrándose ya el deudor en situación de mora, en remisión de los efectos de ésta.

⁶⁸² DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 154: Conversión del pacto de suceder a título gratuito nulo, en institución hereditaria, si no ha sido revocada.

DE CASTRO, *op. loc. ult. cit.*: Institución de heredero de persona futura, en sustitución fideicomisaria; heredero de confianza, en heredero *sub modo*; promesa de donación para después de la muerte, en testamento ológrafo.

ALBALADEJO, *op. loc. ult. cit.*: Institución de heredero en favor de una persona jurídica, que no llega a tener existencia o carece en realidad de personalidad, en institución en favor de las personas físicas reunidas para formarla.

forma ⁶⁸³. Ahora bien, en ambos ordenamientos se parte del principio según el cual la imposición por la ley de determinadas exigencias de forma se resuelve en la nulidad de los negocios que no observen tales exigencias (§ 125 B.G.B. y arts. 1.325 y 1.350 y ss. del Código italiano): en consecuencia, el número de negocios cuya validez depende del cumplimiento de requisitos formales es amplísimo ⁶⁸⁴. En este contexto, y ante la rigidez a la que necesariamente se ven abocados sistemas en los que el formalismo alcanza cotas tan elevadas, no es extraño que el propio ordenamiento ofrezca mecanismos capaces de resolver las inevitables disfunciones que una concepción estricta de la sanción de nulidad llevaría aparejadas ⁶⁸⁵. Así, en ambos sistemas se admite expresamente, en determinados casos, la posibilidad de un convalidación posterior del negocio informal en virtud del cumplimiento realizado por la parte en cuyo interés se estableció la exigencia de forma (así, §§ 313,2, 515,2 y 766,2 B.G.B.; arts. 590, 627,2 y 799 y otros del C.c. italiano); del mismo modo, en ambos ordenamientos se han desarrollado sistemas orientados a permitir el rechazo de pretensiones que, aun estando fundadas en la nulidad del negocio por defecto de forma, impliquen un ejercicio abusivo del propio derecho ⁶⁸⁶. Finalmente, el mismo tratamiento de conversión aparece como un expediente susceptible de resolver adecuadamente las distorsiones a las que conduce inevitablemente la señalada relevancia de los requisitos formales en tales contextos normativos. En definitiva, se puede observar cómo la atribución de un cierto “carácter expansivo” a la sanción de nulidad tiende a compensarse, tanto en Alemania como en Italia, mediante el reconocimiento de la posibilidad de analizar críticamente la *ratio* de la norma que impone aquella sanción a efectos de evitar, en la medida de lo posible, la definitiva frustración de la iniciativa negocial.

No parece necesario insistir demasiado sobre las profundas diferencias que en cuanto a la relevancia de los requisitos de forma se dan entre los sistemas citados y el

⁶⁸³ Vid. *supra*, II, parágrafo 19.

⁶⁸⁴ Véase, en este sentido, el elenco de negocios para cuya validez se exige una forma determinada en el art. 1.350 y en otros preceptos del Código italiano; vid. *Codice civile e leggi collegate*, edición preparada y anotada por DE NOVA, Bologna, 1989. Vid. igualmente los numerosos ejemplos de negocios formales que, para el Derecho alemán, recuerda LARENZ, *Tratado...*, cit., pp. 557 y ss., y *Derecho de Obligaciones*, cit., pp. 91 y ss.

⁶⁸⁵ Como señala LARENZ, *Derecho Civil...*, cit., pp. 557-558, “la forma, aun cuando se haya estimado indisponible por el legislador y por ello la haya preceptuado, se considera por el mismo solamente como un medio dirigido a un fin, siendo posible renunciar a aquél si el fin puede considerarse logrado”.

ordenamiento español. En éste, el principio de que se parte en materia de negocios formales es el que se deduce del art. 1.279. La configuración de la forma como requisito de validez del negocio es excepcional en nuestro Derecho, lo que ya de por sí reduce considerablemente el número de supuestos de hecho cuya solución pudiera, eventualmente, justificar el recurso a la conversión. Además, la atribución de tal relevancia a la forma aparece normalmente vinculada en nuestro Derecho a exigencias relativas a la seguridad del tráfico: aun cuando la forma solemne puede realizar otras funciones relacionadas con la protección de las partes (reflexión y garantía en cuanto a la formación de la voluntad negocial, certidumbre en cuanto a las circunstancias y contenido de las obligaciones asumidas, preconstitución de la prueba, etc.), los intereses de éstas quedan, en principio, suficientemente garantizados con la fórmula del art. 1.279⁶⁸⁷. Por ello, la exigencia de un *plus* respecto a este precepto encuentra su justificación habitualmente en consideraciones ajenas y superiores a tales intereses (sujeción a los oportunos controles del ordenamiento, protección de los intereses de terceros, etc.). Así las cosas, la imposición por la ley de determinados requisitos de forma como condición de validez de un negocio difícilmente será compatible con la admisión de mecanismos que, directa o indirectamente puedan entrar en contradicción con la estricta observancia de tales exigencias formales. Situándonos en esta perspectiva, no resulta casual el que, por ejemplo, el C.c. no haya acogido expresamente (apartándose así del Proyecto de 1851)⁶⁸⁸ la posibilidad de una confirmación del negocio informal por medio de su cumplimiento voluntario; habrá que recordar asimismo las dificultades que plantea en nuestro sistema la aplicación de la doctrina de los propios actos en sede de negocios nulos por defecto de forma⁶⁸⁹. En definitiva, habría que preguntarse en qué medida un negocio para el que nuestra Ley exija inequívocamente la observancia de una determinada forma bajo pena de nulidad (y recuérdese que el número de hipótesis que se puedan proponer en este sentido será sumamente restringido) podrá ser

⁶⁸⁶ Vid., para el Derecho alemán, LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 159 a 161; para el Derecho italiano, GALGANO, *Diritto civile...*, cit., II, 1º, p. 471.

⁶⁸⁷ “Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”.

⁶⁸⁸ El art. 1.187,3º de éste disponía: “La ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad, en cualquier tiempo que se hagan, extinguen la acción de nulidad; salvo los casos en que la Ley especialmente dispone lo contrario”.

⁶⁸⁹ Vid. *supra*, nota 660.

mantenido en vida, a pesar del defecto de aquélla, por medio de un mecanismo de conversión.

Algo parecido podría argumentarse respecto al otro grupo de supuestos que, fundamentalmente en Alemania, han constituido el principal ámbito de aplicación del tratamiento de conversión; se trata, como se recordará, de los negocios que infringen un determinado principio de tipicidad excepcionalmente operante en el sistema negocial. En este sentido, el Derecho alemán impone un principio de tipicidad (lo que LARENZ llama “tipos legales coactivos”) ⁶⁹⁰ en el ámbito de los negocios dirigidos a la configuración de derechos reales (sujetos a un *numerus clausus*), a la estructuración de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y a la creación de entidades sociales ⁶⁹¹. La infracción de ese principio determina la nulidad de los correspondientes negocios, pero abre la puerta a la posibilidad de reconducir la iniciativa negocial a la tipicidad legal por medio de la conversión. En el sistema español no se da este tipo de limitaciones: existe una mayor flexibilidad en cuanto a la creación de nuevos tipos de derechos reales y, sobre todo, respecto a la configuración de su contenido por los interesados ⁶⁹²; en materia de régimen económico del matrimonio rige el principio de libertad de pacto (art. 1.315), y lo mismo ocurre en materia de sociedades (art. 122 C. de Com.). En nuestro Derecho, por tanto, no cabe hablar de un verdadero principio de tipicidad, ni siquiera con carácter excepcional, lo que no puede por menos que limitar las posibilidades de plantear en él supuestos similares a aquéllos que en la jurisprudencia alemana han propiciado en gran medida el recurso a la conversión.

En definitiva, el estudio de la elaboración doctrinal española en materia de conversión permite, a nuestro juicio, dudar de la consistencia de una fundamentación a menudo demasiado apresurada sobre la posibilidad, y sobre todo de la necesidad y oportunidad de dar entrada en el sistema a un mecanismo como la conversión, concebido

⁶⁹⁰ *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 74-75.

⁶⁹¹ También en Italia rige el principio de tipicidad (*numerus clausus*) en el ámbito de los derechos reales (vid. GALGANO, *Diritto civil...*, cit., I, p. 461), así como en el de los tipos sociales (art. 2.249 C.c.); no, en cambio, en el de los regímenes económicos matrimoniales.

⁶⁹² Sobre la existencia o no de un *numerus clausus* de derechos reales en nuestro sistema, vid. la exposición de las diferentes posturas y argumentos en LACRUZ, *Elementos...*, cit., III, 1º, 1ª parte, 2ª ed., Barcelona, 1988, pp. 22 y ss. En todo caso, las diferencias con el sistema alemán en cuanto a la configuración por la autonomía privada del contenido de los derechos reales es clara, ya que en el sistema del B.G.B. las partes han de sujetarse al rígido esquema legal, y sólo en el caso del usufructo pueden las partes restringir su contenido

como remedio de carácter general. Es evidente que en la base de la opinión favorable a tal admisión se encuentra la enorme influencia que sobre la doctrina española ha tenido la elaboración dogmática alemana e italiana ⁶⁹³; y ha de destacarse asimismo la ausencia en nuestro país de una discusión comparable a la mantenida en Francia respecto a la compatibilidad del mecanismo de conversión con la estructura actual del ordenamiento - baste recordar la escasez de estudios monográficos sobre el tema en nuestro país-. No podemos olvidar el resultado negativo a que condujo tal examen en la doctrina francesa.

7. La actitud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Hemos de considerar en este momento la actitud mantenida por la jurisprudencia española frente a la figura de la conversión. En términos generales, podemos decir que los Tribunales de nuestro país han ignorado el instituto, y a la hora de afrontar determinados problemas concretos que, en principio, podrían haber dado lugar a la aplicación del mecanismo de conversión, han optado por acudir a otras soluciones, o bien han mantenido la invalidez del negocio con todas sus consecuencias. A la misma conclusión llegaba básicamente DE CASTRO en su examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema ⁶⁹⁴; sin embargo, el propio autor indicaba algunos supuestos en los que el Alto Tribunal, aun sin darle ese nombre, habría aplicado un mecanismo de conversión. A nuestro juicio, ni siquiera en tales supuestos cabe encontrar verdaderos ejemplos de conversión material:

La STS de 6 de julio de 1914 plantea el siguiente supuesto: se otorga un testamento cerrado que resulta ser nulo por defecto de forma (inidoneidad de uno de los testigos); sin embargo, en la cubierta o plica que encierra dicho testamento se hace constar por acta notarial la declaración del otorgante según la cual “por virtud del citado testamento, revoca todas las disposiciones testamentarias que hasta la fecha tenga hechas para que

excluyendo algunos aprovechamientos (§ 1.030). Vid. NÚÑEZ LAGOS, R.: “La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública”, en *Curso de conferencias (1948)* del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, p. 239.

⁶⁹³ LASARTE añade otro factor explicativo de la tendencia favorable a la admisión de la conversión en nuestro sistema: “Quizá por el eterno prurito de simetría característico de ciertos juristas y dado que la confirmación es sólo aplicable a los anulables, se afirma que el contrato nulo es susceptible de conversión”; *op. cit.*, p. 461.

⁶⁹⁴ Señala el autor citado: “En sentido estricto no puede hablarse de una doctrina del Tribunal Supremo sobre la conversión del negocio, ya que no parece haberla considerado con este nombre. Se le han presentado casos en que ha tenido en cuenta el fenómeno, y los ha resuelto ateniéndose, de una parte, al propósito práctico o real de las partes, y de la otra al significado, más o menos amplio, que en cada caso correspondía a la sanción de nulidad. Para los tribunales, el recurso a la conversión resultaría innecesario, dada la posibilidad de utilizar el que se ha llamado “principio de conservación del negocio jurídico ... y de aplicar el criterio general de la buena fe”; *op. cit.*, p. 491.

ninguna valga, sea cual fuere su forma, excepto la presente”. Ante la nulidad del testamento cerrado, se pretende hacer valer la eficacia independiente de dicha declaración (en su trascendencia revocatoria) como testamento abierto. El Tribunal Supremo reconoce que la declaración consignada en el acta notarial puede tener validez como testamento abierto; pero entiende que, interpretando éste conforme a la voluntad clara del testador (art. 675), la revocación contenida en el acta está condicionada a la validez del testamento cerrado (cuyo tenor se limita a repetir en este punto), por lo que, siendo éste nulo, aquélla no puede desplegar su eficacia.

En la admisión por el Tribunal de la validez del acta como testamento abierto, a pesar de la nulidad del testamento cerrado, aprecia DE CASTRO la concurrencia de un supuesto de conversión. Por nuestra parte entendemos, sin embargo, que no hay conversión alguna, puesto que, en todo caso, se trataría de dos testamentos distintos (uno nulo, el cerrado, y otro válido, el contenido en la citada acta), y no de un solo testamento, nulo bajo una forma determinada pero válido bajo otra. Pero es que, además, si bien consideramos correcta la solución material a la que llega la sentencia, no nos parece igualmente correcto atribuir la condición de testamento (abierto o de cualquier otro tipo) a la declaración mencionada, puesto que es evidente que con ella no pretendía el testador “disponer para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos”; la voluntad del testador en este sentido encuentra su formulación en el testamento cerrado, que resulta ser nulo, y la declaración realizada ante el Notario carece de entidad comercial independiente alguna, tratándose más bien de una simple declaración de ciencia (recuérdese el tenor literal de la cláusula discutida). Por ello, el razonamiento del Tribunal resulta ser un rodeo innecesario.

Las sentencias de 20 de marzo de 1902 y 15 de noviembre de 1920 califican como legados ciertas disposiciones testamentarias en las cuales el testador se limita a hacer una recomendación a los herederos, en el sentido de subvenir a las necesidades de determinadas personas; el caso resuelto por la segunda de ellas presenta la peculiaridad de que el testador declara expresamente no dejar legado alguno a la persona en cuestión, dada la absoluta confianza y seguridad que tiene en el cumplimiento de su deseo por parte de los herederos. También en este caso considera DE CASTRO que el Tribunal aplica un mecanismo de conversión; sin embargo, lo cierto es que, tanto en un caso como en otro, el fallo aparece fundado exclusivamente en el art. 675, es decir, en el principio básico según el cual los testamentos han de interpretarse conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento, pero por encima incluso del sentido literal de sus palabras. Podrá discutirse la

corrección de un criterio hermenéutico tan flexible como el utilizado en los supuestos concretos (especialmente en el segundo) ⁶⁹⁵, pero no parece que pueda hablarse en ningún caso de conversión. No es éste, desde luego, el mecanismo al que recurre el juzgador; además, no se trata de evitar la sanción de nulidad atribuyendo a las cláusulas en cuestión una configuración distinta de la que les es propia, sino que se les reconoce la eficacia adecuada a su naturaleza intrínseca, tal como resulta de la calificación realizada por el Tribunal.

Del mismo modo, las soluciones acogidas por el Supremo en las sentencias de 6 de diciembre de 1907 (legado de la facultad de seguir ocupando una portería con la retribución correspondiente, subordinado al debido cumplimiento por el favorecido de su cargo), 28 de junio de 1947 (la cláusula por la cual un consocio se obliga a vender “aun en el caso de que los copropietarios se negaran a la venta” se interpreta, por hipótesis, en el sentido de que el vendedor se compromete “a gestionar de sus compañeros de sociedad la prestación del consentimiento para la venta”) y 1 de julio de 1964 (se interpreta el arrendamiento concertado por un socio, con fianza solidaria de los otros socios, como hecho para la sociedad, lo que excluye el traspaso de aquél a ésta), se fundan en la aplicación de los criterios generales de interpretación de los negocios jurídicos, especialmente los recogidos en los arts. 675 (interpretación conforme a la intención del testador), 1.284 (interpretación en el sentido más adecuado para que el contrato produzca efecto) y 1.281,2 (prevalencia de la intención evidente de los contratantes sobre el tenor literal del contrato), y no responden a fenómeno de conversión alguno.

La sentencia de 18 de abril de 1953 se limita a reproducir, sin entrar en el fondo de la cuestión, por no interesar a la resolución del caso, la hipótesis planteada por la sentencia de instancia, según la cual, aun en el caso de que la letra de cambio formalmente defectuosa no pudiese valer como pagaré por no reunir los requisitos de forma propios de éste (es decir, en el caso de que no fuera de aplicación el antiguo art. 450 del C. de Com.),

⁶⁹⁵ De hecho, el propio Tribunal Supremo llega a conclusiones opuestas en otros casos parecidos; la de 15 de enero de 1916 rechaza, con fundamento en el sentido inequívoco de la cláusula testamentaria en cuestión, el valor vinculante del encargo o recomendación realizada por el testador a sus herederos en favor de un tercero. La de 24 de noviembre de 1958 niega que pueda apreciarse la existencia de “un mandato testamentario en forma de fideicomiso” implícito en “las admoniciones, ruegos o consejos” realizados por el *de cuius* a sus herederos. Por último, la sentencia de 2 de junio de 1965 interpreta como imposición de una cláusula modal, y no como institución de heredero o constitución de legado a favor del beneficiario, la imposición por el testador a los herederos de la obligación de traspasar el local de negocio del que es arrendatario a un tercero. Obsérvese en todo caso que, tanto estas sentencias como las comentadas en el texto mantienen la interpretación realizada por los tribunales de instancia.

“no se le podría negar la condición de documento privado y demostrativo de los avales prestados en un contrato de cambio a efectos de responder los avalistas en los mismos casos y forma que la entidad libradora por ellos garantizada, esto es, solidariamente”. Obsérvese que, en la hipótesis así planteada no habría conversión alguna, puesto que el valor probatorio que se pueda reconocer a un determinado documento es totalmente independiente del valor negocial que puedan tener las declaraciones en él contenidas. La Audiencia, no obstante, entiende aplicable al supuesto el art. 450 (y así lo admite también el Supremo); pero ya manifestamos en otro lugar nuestra opinión contraria a la existencia de un verdadero supuesto de conversión material en tales hipótesis ⁶⁹⁶.

Algún autor ⁶⁹⁷ ha querido ver una actitud favorable al mecanismo de la conversión en la jurisprudencia recaída a propósito de la eficacia de la llamada “cláusula metal”, es decir, la introducida por las partes en el contrato a efectos de imponer el pago de una determinada obligación pecuniaria en monedas de oro o plata. En los años posteriores a la Guerra Civil el Tribunal Supremo hubo de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la admisibilidad de tales cláusulas, teniendo en cuenta las diferentes disposiciones legales que suprimieron el curso legal de las monedas de oro y plata e impusieron por contra el curso forzoso de los billetes del Banco de España (leyes de 20 de enero y 9 de noviembre de 1939). Lentamente se fue consolidando en la jurisprudencia la tesis según la cual tales cláusulas, inválidas en su literalidad, podían adquirir sin embargo eficacia en cuanto cláusulas de valor, orientadas a establecer un criterio de estabilización de las obligaciones pecuniarias frente al riesgo de devaluación del papel-moneda. Hay que advertir, no obstante, que en muchos de los casos considerados por el Tribunal Supremo la propia redacción de las cláusulas contractuales controvertidas propiciaba la solución señalada, al haber adoptado los mismos contratantes técnicas tales como la configuración de una obligación alternativa, con elección atribuida al acreedor o al deudor (sentencias de 2 de marzo de 1943 y 31 de octubre de 1960) ⁶⁹⁸, o el establecimiento de cláusulas alternativas-

⁶⁹⁶ Vid. *supra*, III, párrafo 2.

⁶⁹⁷ ZORRILLA RUIZ, en sus notas al *Derecho Civil* de CARBONNIER, cit., p. 375.

⁶⁹⁸ En el caso solucionado por la sentencia de 1943, el deudor aparecía obligado a “pagar en buena moneda de plata o en billetes del Banco de España, de curso voluntario, que no sufriese descuento alguno, a elección del acreedor”. Tratándose de una obligación alternativa, entendía el Supremo que “si en el momento de efectuar el pago por consignación había imposibilidad de cumplir uno de los términos de la alternativa entregando buena moneda de plata, por haber sido retirada de la circulación -equivalente a pérdida por caso fortuito-, necesariamente tendrá que ser satisfecha la deuda en la única especie -billetes de Banco- que en la disyuntiva estipulada quedaba subsistente”.

condicionales (sentencias de 4 de julio de 1944, 12 de marzo de 1946, 29 de abril de 1946, 22 de marzo de 1947, 5 de abril de 1948 y 11 de mayo de 1951)⁶⁹⁹. En otros casos, aun en ausencia de previsiones similares de las partes, el Tribunal decidió sobre la base de la verdadera intención de las mismas (sentencias de 23 de noviembre de 1946, 9 de enero de 1950, 4 de enero de 1951 y 28 de noviembre de 1957), orientada a establecer un módulo objetivo susceptible de compensar la devaluación monetaria más que a excluir la virtualidad solutoria de la moneda de curso legal y forzoso. Finalmente, en supuestos en que la intención de las partes se orientaba inequívocamente en el último sentido expresado (así, en la sentencia de 22 de diciembre de 1961)⁷⁰⁰, el Supremo optó por declarar la nulidad del pacto en cuestión “por contrario a la Ley, en cuanto obliga al pago en plata u oro físicos, en contra de la prohibición de su tenencia y circulación, vulnerando también las disposiciones sobre el curso forzoso y el poder liberatorio de la moneda papel”; nulidad parcial del contrato que propiciaba la aplicación del art. 1.170 del C.c., con atribución al deudor de la facultad de liberarse haciendo el pago en papel moneda de curso legal, sin necesidad de observar relación de equivalencia alguna.

Parece claro, por tanto, que a la hora de solucionar el problema planteado por estas cláusulas el Tribunal Supremo no hizo aplicación de un mecanismo de conversión, sino que se limitó a aplicar las normas y principios generales en materia de interpretación de los contratos y de nulidad⁷⁰¹. Por ello, aunque en la exégesis doctrinal de la jurisprudencia sobre el tema se encuentran con frecuencia formulaciones que parecen explicar las soluciones acogidas en términos de conversión⁷⁰², tales formulaciones sólo pueden asumir un valor terminológico y descriptivo, pero difícilmente pueden considerarse como un argumento sólido en favor de la admisibilidad de aquel mecanismo en nuestro sistema jurídico.

⁶⁹⁹ En el caso resuelto por la última sentencia citada, se había estipulado que el pago se realizaría “en buena moneda de oro o plata, excluida toda clase de papel moneda y con abono, caso de declararse forzoso su curso y admisión, de la diferencia que resultase entre el valor de la plata acuñada y el del papel moneda, al tipo de cotización oficial el día del pago”.

⁷⁰⁰ En el caso al que se refiere ésta, se establecía en el contrato que el pago se haría en oro o plata, “con exclusión de cualquier clase de papel que le sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso”.

⁷⁰¹ En el mismo sentido se pronunció en su momento la jurisprudencia alemana ante hipótesis similares; vid. GANDOLFI, *La conversione...I*)..., cit., p. 194, n. 48.

⁷⁰² Aparte de ZORRILLA RUIZ, hablan de conversión, explícita o implícitamente, y entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 474-475; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., II, 1º, p. 70; BONET CORREA, “Problemática actual de las obligaciones pecuniarias”, en *R.D.N.*, 1962, nº 36, p. 235. En general, sobre el tema, vid. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 438 y ss.

Junto a los casos hasta ahora examinados, en los que, como hemos visto, difícilmente puede percibirse la aplicación por el Tribunal Supremo de un mecanismo de conversión, DE CASTRO menciona otros supuestos en los que el propio Tribunal opta por declarar la ineficacia de los negocios sometidos a su consideración, rechazando (incluso en contra de las sentencias de instancia, en algún caso), la posibilidad de mantener su eficacia bajo una configuración distinta. Con todo, no resulta fácil detectar referencias o argumentaciones que de un modo más o menos directo impliquen una toma de postura de los juzgadores frente a la admisibilidad de la conversión.

La sentencia de 22 de octubre de 1964, tras afirmar la nulidad del contrato de venta en firme de acciones de sociedad anónima no inscrita, por infringir la prohibición del art. 14 de la entonces vigente L.S.A., añade que la promesa de celebrar el mismo contrato “está afectada de este mismo vicio de nulidad, sin que pueda tener valor alguno como simple promesa abstracta, pues su objeto y su causa serían contrarios a lo dispuesto en la Ley y tropezaría para su validez, con la norma mencionada del art. 4 (ahora, art. 6,3) del C.c.”. Se excluye asimismo que el acto nulo pueda subsanarse en virtud de la sucesiva inscripción de la sociedad, “porque si se trata de un acto nulo de pleno derecho no es susceptible de sanación o convalidación, ya que lo que es nulo ningún efecto puede producir”. En realidad, no se planteaba en este caso la posibilidad de convertir la venta definitiva en promesa de venta, sino que ésta tenía una existencia propia, ya que había sido realizada en documento privado el mismo día en que se consumó la venta en firme; en todo caso, es significativo el hecho de que el Tribunal no dude en extender la sanción de nulidad derivada del art. 14 L.S.A. a la mera promesa de venta, lo que induce a pensar que para el Tribunal Supremo hubiera resultado inviable mantener la validez de una venta nula mediante su conversión en promesa de venta.

Un supuesto peculiar es el que plantea la sentencia de 29 de marzo de 1965: un inquilino, tras haber ejercitado el derecho de tanteo que le reconoce la L.A.U., celebra un contrato de compraventa de la finca, con entrega aplazada de ésta pero percibiendo actualmente una parte del precio. Al realizarse la operación antes de los dos años de haber adquirido la finca, el Tribunal entiende que incurre en la prohibición establecida por el art. 51 L.A.U. El razonamiento del Tribunal no deja de ser discutible, en la medida en que fundamenta la aplicación de dicho precepto en la afirmación según la cual “si el titular dominical mediante contrato privado vende la cosa percibiendo parte del precio, ha transferido la propiedad que sobre la misma ostentaba, aunque haya aplazado su entrega”;

aplicación ésta de la teoría del título y el modo que no compartimos. Otra cosa es que, independientemente de que se haya producido ya o no la transmisión de la propiedad, se pueda interpretar la prohibición establecida en el art. 51 como susceptible de alcanzar también a aquellos actos por los cuales el adquirente por tanteo disponga de su derecho, aun cuando su eficacia se aplase hasta el final del término de dos años. Sin entrar en el fondo de la cuestión, parece claro que lo que se plantea en este caso es un problema de interpretación del art. 51 de la L.A.U., que quizá habría podido afrontarse acudiendo a la disciplina del fraude de ley (art. 9 L.A.U.). En todo caso, el Tribunal no llega a plantearse siquiera la posibilidad de acudir a la conversión del contrato en promesa de venta con el fin de eludir la prohibición en cuestión (cuya infracción, por lo demás, no determina la nulidad, sino la resolubilidad del contrato), aunque dado el tenor de la sentencia cabe deducir que tal posibilidad habría sido rechazada.

Con todo, es posible señalar algunos supuestos en los que el Tribunal Supremo ha llegado a plantearse de un modo más claro la posibilidad de mantener la validez de un negocio por medio de la conversión; y lo cierto es que, en términos generales, no se ha mostrado dispuesto a aceptar tal posibilidad.

Cabe señalar en este sentido la sentencia de 29 de enero de 1960: la Audiencia había estimado que un testamento mancomunado nulo (por infringir la prohibición del art. 669), podía valer como testamento ológrafo de uno sólo de los otorgantes, al concurrir en él los requisitos exigidos por el art. 688, y prescindiendo para ello de la intervención en él del otro cónyuge. Frente a este planteamiento advierte el Supremo que, existiendo un testamento mancomunado, “dicha terminante e insoslayable prohibición determina su nulidad radical, así como la imposibilidad de que una disposición de esta índole, pueda convenirse fragmentariamente y por sólo valorarse defectos formales, haciendo caso omiso de los esenciales, en negocio jurídico válido y eficaz, pues que ello no puede producirse en Derecho, cuando ha de proceder necesariamente una declaración de nulidad por ilicitud integral de lo realizado”. Como vemos, la sentencia excluye expresamente la posibilidad de aplicar el tratamiento de conversión; ahora bien, la razón de tal exclusión está en el carácter esencialmente ilícito del testamento mancomunado, lo que deja abierta la cuestión de si sería admisible la conversión cuando la causa de nulidad no fuera la ilicitud del negocio.

Con más claridad se observa una actitud contraria al tratamiento de conversión en la sentencia de 28 de octubre de 1965, que ya mencionamos en otro lugar, y en la que el

Tribunal rechaza la posibilidad de convertir la donación entre cónyuges (nula, conforme al antiguo art. 1.334) en donación *mortis causa*, siempre que no hubiera sido revocada por el donante antes de su muerte y que el donatario le hubiera sobrevivido. En esta sentencia el Tribunal, respondiendo a las alegaciones de una de las partes, toma partido en la discusión suscitada por VALLET sobre la viabilidad de esa pretendida conversión, y afirma al respecto: “Cualquiera que sea el valor sugestivo que pueda encerrar en teoría la tesis del recurrente, no puede ser admitida en este trance, por su deficiente apoyo en una simple redundancia empleada por el Código para remarcar lo que dispone, por resultar claros los términos imperativos en que el precepto se expresa, determinantes de una nulidad total e insubsanable, y porque tal tesis pugna abiertamente con lo establecido en el art. 620 del Código, a la vista de cuyo texto es inconcuso que la eficacia de tales donaciones requeriría inexcusablemente un acto de disposición *mortis causa* que no ha existido en el caso de autos”. Ya vimos en su momento cómo ni siquiera el mecanismo propuesto por VALLET para mantener la validez de estas donaciones podía ser considerado como un verdadero supuesto de conversión material; en todo caso, lo cierto es que la sentencia rechaza la admisibilidad de tal mecanismo. Pero interesa destacar especialmente el hecho de que los argumentos utilizados en ella parecen tener una virtualidad que excede del caso concreto: así, cuando se subraya la claridad e univocidad con la que el precepto en cuestión impone una sanción de nulidad “total e insubsanable” (concepción absoluta de la propia sanción de nulidad), o cuando se indica que, para mantener la eficacia de tales donaciones “se requeriría inexcusablemente un acto de disposición *mortis causa*” (carácter determinante del contenido volitivo del acto puesto en práctica), se están poniendo de manifiesto unos criterios de valoración de la norma legal y del acto de autonomía privada totalmente incompatibles con la admisibilidad en abstracto de la conversión sustancial del negocio.

En el ámbito de los problemas suscitados por la llamada “sociedad irregular” es donde se ha planteado con mayor claridad la cuestión de la admisibilidad de la conversión. Una vez más, se pone de manifiesto la influencia que las discusiones doctrinales tienen sobre el modo de afrontarse los problemas en la jurisprudencia.

La STS de 6 de marzo de 1981 (ponente DE CASTRO GARCÍA) incluye algunas consideraciones que reproducimos por el interés que tienen para el tema de la conversión en general: “La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad propia, es desechada por la doctrina, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede brotar una figura societaria regular o

irregular de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas...”: y añade a continuación: “Ni aquel precepto [se refiere al art. 1.284 C.c.] sobre interpretación de los contratos guarda relación con la denominada conversión genuina o en sentido estricto, la dificultad de cuya construcción advierte la doctrina, ni es dable acudir al régimen de sociedades civiles atribuyéndole tal naturaleza y dotando de personalidad a la que fue proyectada como sociedad tan eminentemente mercantil como es la anónima”. En las consideraciones transcritas parece estar implícita una cierta prevención respecto a la admisibilidad de la conversión con carácter general ⁷⁰³. Tal actitud se refleja en diferentes aspectos: la valoración estricta de la orientación dada por las partes a su voluntad; la afirmación igualmente estricta de un “derecho” de las partes a llevar hasta sus últimas consecuencias la eventual ineficacia del contrato celebrado (adviértase la referencia al “derecho a la restitución de las aportaciones realizadas”); el rechazo de toda vinculación entre el principio de conservación del negocio recogido en sede hermenéutica por el art. 1.284 y la “conversión genuina o en sentido estricto”; y el reconocimiento de las dificultades que la construcción de dicho instituto plantea para la doctrina. Consideraciones todas ellas que nos parecen del máximo interés y que, a nuestro juicio, reflejan una correcta comprensión del instituto de la conversión, al margen incluso de la referencia al caso concreto.

8. Consideraciones críticas sobre la admisibilidad de la conversión en nuestro sistema.

En definitiva, al afrontar la cuestión de la admisibilidad de la conversión en el sistema negocial español se ha incurrido a menudo en una valoración apresurada y en un cierto “prejuicio positivo”, que ha conducido, según los casos, a infravalorar la capacidad de los mecanismos y principios efectivamente acogidos por el ordenamiento para dar una solución adecuada a los problemas que en otros ordenamientos trata de resolver aquel instituto; a establecer una conexión forzada entre tales principios y el propio instituto ⁷⁰⁴; o bien a acoger una concepción de la conversión que no se corresponde con los perfiles que

⁷⁰³ Como ha precisado certeramente M.A. CALZADA en su comentario a la STS de 24.3.1984, que citamos en nota 602.

⁷⁰⁴ LASARTE, *op. cit.*, p. 462: “Generalizar la figura de la conversión en nuestro Derecho resulta tarea ardua, ya que el Código Civil no la considera posible, por mucho que se pretenda ampliar el principio de conservación del contrato”.

la figura ha asumido a lo largo de su proceso de elaboración dogmática y legislativa en los sistemas de origen; otras veces, en fin, el intento de presentarla como un remedio de alcance general ha llevado a proponer soluciones concretas probablemente incompatibles con nuestro sistema.

A nuestro juicio, frente al instituto de la conversión, y desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico en concreto, es necesario mantener una actitud de extrema prudencia. En este punto, como en tantos otros, nos sirve de apoyo el magisterio de DE CASTRO⁷⁰⁵, algunas de cuyas consideraciones al respecto presentan un especial interés:

a) Conviene, ante todo, no perder de vista el hecho de que la conversión aparece como un remedio *in extremis* de situaciones anómalas, en cuanto que “supone forzar el funcionamiento normal de la autonomía de la voluntad, salir de lo expresado en la declaración de voluntad, e imponer una regulación distinta o contraria a la que aparezca como querida. Tarea delicada y difícil, que requiere máxima prudencia”⁷⁰⁶.

b) Reconoce el autor que la conversión constituye “un buen instrumento con el que remediar algunos resultados injustos, derivados de la estrechez de los sistemas en los que prevalece una concepción formalista del negocio”; añade, sin embargo, que “no es necesaria en un sistema abierto, como el español, en el que ha de atenderse al fin práctico de las partes, a la causa concreta del negocio”⁷⁰⁷.

c) De todos modos, DE CASTRO no rechaza de plano la posibilidad de recurrir a la conversión también en el ordenamiento español. Concretamente, a su juicio, la conversión “puede ser útil para mantener la flexibilidad del sistema, especialmente como remedio frente a las nuevas y ocasionales leyes, en las que indiscriminada o irreflexivamente se imponen requisitos secundarios, bajo sanción de nulidad”⁷⁰⁸. En este sentido, la verdadera importancia de la conversión residiría en el hecho de que puede servir para delimitar el ámbito de la sanción de nulidad, evitándola a través de la valoración del fin práctico del negocio, con el fin de determinar si el mismo es o no merecedor de la tutela del ordenamiento, más allá de la inadecuación del tipo negocial elegido”⁷⁰⁹. En este sentido, el

⁷⁰⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, especialmente pp. 489-490.

⁷⁰⁶ *Op. cit.*, pp. 490-491.

⁷⁰⁷ *Op. cit.*, p. 489.

⁷⁰⁸ *Op. loc. ult. cit.*

⁷⁰⁹ *Op. loc. cit.*, p. 490.

autor establece un interesante paralelismo entre la figura de la conversión y la del fraude de ley, en cuanto que ambas sirven para delimitar el ámbito de la nulidad de los contratos, aunque desde puntos de vista opuestos: mientras el fraude de ley permite extenderlo, la conversión servirá para restringirlo adecuadamente; y continúa: “Uno y otro son instrumentos de la técnica jurídica, útiles para adecuar la eficacia de las normas imperativas a las situaciones imprevistas por las leyes, y ambos lo hacen valorando el fin práctico del negocio, aunque este se oculte o aparezca desvirtuado por el tipo de negocio empleado para conseguirlo (...). Ha de añadirse que la figura de la conversión -como la del fraude- son remedios *in extremis* de situaciones anómalas”.

Las consideraciones desarrolladas por DE CASTRO reflejan, a nuestro entender, un aspecto esencial de la *ratio* del instituto: se trata de un mecanismo orientado a solucionar los desfases que se producen en sede de valoración por parte del ordenamiento de las manifestaciones de la autonomía privada; desfases que aparecen como consecuencia de la aplicación de instrumentos técnicos de control de carácter general a ciertas hipótesis concretas en las cuales, a pesar de existir una iniciativa negocial merecedora de tutela en cuanto al resultado económico buscado, el filtro operado por medio de aquellos instrumentos generales (entre ellos, ante todo, la causa y la forma) conduce a un resultado de nulidad. Esta peculiar *ratio* explica, entre otras cosas, el carácter fundamentalmente excepcional que asume -que debería asumir- la aplicación del tratamiento de conversión: la peculiaridad del mecanismo al que obedece; la dificultad de ponerlo en conexión con los principios generales del ordenamiento en la medida en que éstos sean considerados como principios de orden fundamentalmente técnico; la escasa utilidad de reconducir el tratamiento a un juicio sobre la adaptabilidad *in abstracto* de los tipos negociales⁷¹⁰; y, en definitiva, la necesidad de condicionar su aplicación a un análisis particularmente cuidadoso del supuesto de hecho y de las circunstancias en que el mismo aparece integrado.

No compartimos, en cambio, la interpretación dada por DE CASTRO en cuanto a la naturaleza del tratamiento mismo. Según este autor, la conversión sería “un efecto de la

⁷¹⁰ Nos parece exacto el pensamiento de DE CASTRO cuando subraya el valor secundario que asume en esta sede la consideración *in abstracto* de los tipos negociales, *op. cit.*, p. 490: “Tendrá, en cambio, significado secundario la cuestión de la adaptación de los tipos negociales, ya que habrá que considerar primordialmente la causa concreta del negocio y las normas que le sean aplicables”. Recordemos que precisamente sobre la consideración de la relación objetiva entre los diversos tipos negociales fundamenta en gran parte su

interpretación y calificación correcta del negocio, gracias a lo que se evita su nulidad. Interpretación y calificación que habrán de hacerse atendiendo a la verdadera naturaleza de lo que se haga o pretenda, y resultará posible siempre que el medio utilizado no imprima carácter ilegal a todo lo hecho”⁷¹¹. Una cosa es decir que una utilización flexible de los instrumentos que el intérprete tiene a su disposición en el desarrollo de su actividad de interpretación y calificación, fundada sobre la consideración de la causa concreta del negocio -junto con una cuidadosa valoración de la norma que impone la sanción de nulidad- puede conducir a resultados próximos a los que derivan de la conversión, en los ordenamientos que la han asumido como remedio de carácter general; y otra muy distinta identificar tales mecanismos con la conversión en sentido propio.

elaboración MOSCO, seguido con cierta prudencia en España por DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 146-147, quien reconoce el valor orientativo de tal valoración abstracta.

⁷¹¹ *Op. cit.*, p. 490. Vid. también p. 78, donde la conversión es tomada en consideración como mecanismo de reconstrucción del reglamento negocial, por vía de una “reforma” más que de un mero complemento (este último operado sobre la base del art. 1.258), actuado por el intérprete del negocio jurídico en el proceso de búsqueda del sentido de la declaración. DE CASTRO incluye entre las funciones de la interpretación, junto a la meramente declarativa, una función “complementaria”, que se apoyaría en la “voluntad hipotética” o “interpretación objetiva”, y que sería previa al recurso a las normas de Derecho dispositivo en sede de integración; y una función “reconstructiva” sobre la cual afirma: “Tendrá lugar en los casos excepcionales en que, para conseguir en lo principal la validez del negocio, se requiere alterar la regla establecida en la declaración; aquí, la labor del intérprete se dirige a investigar si cabe inducir una voluntad favorable a tal cambio, basándose en la conducta negocial y utilizando, en su caso, las presunciones (por ejemplo, nulidad parcial, conversión del negocio)”. Obsérvese que el autor vincula el juicio sobre la convertibilidad del negocio a la verificación de una voluntad de los sujetos favorable al cambio, aunque sea por vía de presunción; lo que supone una vuelta a las posiciones fundadas en el dogma de la voluntad, y mantenidas en Alemania durante el siglo pasado (a las que, por lo demás, se remite expresamente DE CASTRO, p. 489 y n. 69, con referencia específica a la opinión de DERNBURG), cuya superación, manifestada en el recurso al concepto de “voluntad hipotética” (cuyo sentido es profundamente divergente respecto al de la voluntad presunta, como ya hemos señalado anteriormente), determinó la formulación del § 140 B.G.B. y la configuración del instituto de la conversión como mecanismo dotado de autonomía conceptual y de operatividad práctica.

Por otra parte, DE CASTRO funda su concepción sobre la base de la admisibilidad, en nuestro sistema, de la llamada “interpretación integradora” (la que él llama “función complementaria” de la interpretación, voluntad hipotética o interpretación objetiva). Sobre esta cuestión, hacemos nuestra la opinión de LACRUZ en tema de “autointegración del contrato”, *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed., Barcelona, 1984, pp. 671-672: “Nadie duda de la legitimidad de integrar el contrato deduciendo la solución del caso no previsto expresamente de las líneas generales establecidas por la voluntad de las partes. A esta voluntad se debe atender con preferencia, pues ella es origen del negocio y determinante de la finalidad perseguida y del tipo adoptado. Pero lo que ya no resulta tan concluyente es construir una voluntad que falta forzando el significado de la existente. Es decir: podemos tratar de integrar el contrato con arreglo a lo que las partes “probablemente quisieron”, pero no tiene apoyo legal tratar de integrar sus lagunas con lo que éstas habrían querido si se hubiesen ocupado de pensar o prever sobre la materia que dejaron en blanco. Sobre todo porque, habitualmente, cada una de las partes, si hubiera previsto el problema, lo hubiera resuelto en el sentido que le fuera más favorable. siendo rara la existencia de ese probable querer común para resolver los problemas no previstos en el texto del contrato”. En definitiva, tal expediente no tiene sentido sino como expresión de un mecanismo de verdadera “heterointegración” conforme a los criterios generales (buena fe, usos y ley: art. 1.258). En el mismo sentido, vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: “Comentario a los arts. 1.281 a 1.289 del C.c., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVII, vol. 2º, Madrid, 1981, pp. 7 y 9.

Los perfiles que la conversión ha terminado asumiendo en ordenamientos como el alemán o el italiano son el resultado de un complejo proceso de decantación dogmática que parte de la Pandectística y que, poco a poco, va amoldando la figura a las necesidades y a las exigencias del sistema, otorgándole de este modo una coherencia y una autonomía que, en algún momento, estuvieron seriamente comprometidas.

En este sentido, la conversión sustancial (convenientemente delimitada respecto a figuras que, como la conversión legal o la conversión formal, poco tienen que ver con ella, más allá de la coincidencia terminológica) aparece, más que como una derivación necesaria de principios compartidos por los diferentes sistemas negociales (*utile per inutile non vitiatur*, economía jurídica, buena fe), como una manifestación destacada de un determinado modo de entender las relaciones entre autonomía privada y ordenamiento. El mantenimiento de una iniciativa negocial, juzgada como merecedora de la tutela del ordenamiento, pero incompatible en su configuración actual con los mecanismos de control de la autonomía privada, exige: por un lado, delimitar como supuesto de hecho de la norma un sector de la realidad que ya no es el contrato como tal, sino una operación económica globalmente considerada en la que se ha insertado un contrato “nulo”; por otro, una intervención específica y sumamente cualificada del ordenamiento, consistente en una mutación de la causa del contrato que, tomando como punto de referencia y límite la finalidad práctica perseguida por los sujetos mediante su concreta iniciativa económica, permita al acto de autonomía superar el control del ordenamiento (gracias a la concurrencia en el caso concreto de los requisitos de sustancia y forma del esquema negocial subterráneo) y conducir a un resultado práctico congruente con esa finalidad.

Llegados a este punto, hemos de pronunciarnos en contra de la tesis favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro sistema negocial, si con ello se pretende afirmar su vigencia como remedio de carácter general. La tensión entre autonomía privada y ordenamiento jurídico aparece resuelta en nuestro sistema en términos muy distintos de los que propiciaron el desarrollo del instituto de la conversión en Alemania o en Italia. En nuestro ordenamiento, un principio de conversión sustancial entendido como remedio de carácter general, constituiría, a nuestro entender, un “cuerpo extraño”, si se pretendiese con ello afirmar la aplicabilidad por nuestros tribunales del mecanismo que positivizan el § 140 B.G.B. o el art. 1.424 del *Codice* italiano; mientras que una argumentación dogmática orientada a “adaptar” tal mecanismo a las exigencias estructurales de nuestro sistema difícilmente podría evitar el riesgo de desnaturalizar su

esencia. En el primer caso, se estaría abriendo la puerta a un instituto cuya aplicación a los casos concretos, por definición sumamente compleja y delicada, introduciría un considerable factor de inseguridad jurídica, probablemente no justificada, en el funcionamiento del principio de autonomía de la voluntad diseñado fundamentalmente por los artículos 1.255 y 6,3 del C.c. En el segundo caso, se estaría optando por una terminología equívoca, cuando no inexacta, para definir fenómenos reconducibles a otras reglas y principios más claramente compatibles con nuestro sistema.

Y es que el estudio de las hipótesis propuestas por nuestra doctrina como aplicaciones posibles de la conversión en nuestro sistema, junto con el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ponen de manifiesto, por un lado, las extremas dificultades que desde el punto de vista dogmático se plantean a la hora de coordinar la conversión propiamente dicha con los principios del ordenamiento: y, por otro, la existencia en éste de numerosos mecanismos dotados de la flexibilidad suficiente como para hacer innecesario el recurso a la conversión a la hora de afrontar los problemas concretos. En el sistema negocial español, el intérprete tiene a su disposición numerosos instrumentos que le permitirán, en general, calibrar en su justa medida el alcance de una determinada sanción de nulidad en presencia de una concreta hipótesis negocial: interpretación estricta y teleológica de la norma sancionadora, calificación de los negocios conforme a su causa concreta, interpretación del negocio conforme a la intención de las partes y a la buena fe, integración del reglamento negocial, nulidad parcial y sustitución automática de cláusulas contrarias a normas imperativas, límites impuestos al ejercicio de los derechos y acciones por la buena fe y por la doctrina sobre el abuso de derecho⁷¹², aplicación analógica de los supuestos legales de conversión formal (eventualmente, también de conversión legal), etc. En la medida en que el remedio de una determinada situación se pueda buscar en la utilización, más o menos flexible, de tales mecanismos, la invocación de un principio de conversión sustancial será, probablemente, innecesaria e inexacta⁷¹³; más allá del margen de flexibilidad de esos instrumentos, es decir, cuando

⁷¹² Vid. sobre el tema, *supra*, III, párrafo 6, n. 660.

⁷¹³ Un ejemplo de esta línea argumental puede encontrarse en un trabajo de ATAZ LÓPEZ, de inminente publicación (y al que el autor nos ha permitido amablemente el acceso), titulado "Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor LACRUZ BERDEJO*, vol. I, 1992, pp. 111 y ss. En él, el autor se plantea la necesidad -sentida en doctrina y jurisprudencia- de evitar algunas de las consecuencias indeseables que pueden seguirse de la consideración de un negocio como radicalmente nulo por estar afectado de un defecto formal cuya exigencia no aparezca como suficientemente justificada (en el caso, la exigencia de forma en cuanto a la aceptación del donatario

agotados éstos el negocio jurídico se vea abocado a una sanción de nulidad (es decir, precisamente en el momento en que sólo la conversión podría actuar), creemos que será la aplicación de esta sanción lo procedente. Y no olvidemos que aun entonces podrán encontrar aplicación otros instrumentos destinados a corregir y encauzar conforme a criterios de justicia y equidad las consecuencias de la propia sanción de nulidad (al margen, obviamente, de la posible repetición del negocio por los interesados con sujeción a las exigencias del ordenamiento)⁷¹⁴: así, la protección de la apariencia y la confianza dentro de los límites legales, la responsabilidad precontractual, la negación de la repetición de lo dado por causa torpe (arts. 1.305-1.306)⁷¹⁵, o cuando aquélla es solicitada por quien perdió culpablemente lo recibido a cambio (art. 1.314), la sanación excepcional del negocio nulo (en los supuestos y con el alcance que se reconozca a esta figura en nuestro sistema), la aplicación de la doctrina de las obligaciones naturales (como las que puedan derivar de un contrato nulo por defecto de forma *ad substantiam*)⁷¹⁶, etc.

que se deduce de los arts. 632 y 633). Consciente de la dificultad que supondría “una revisión de la dogmática tradicional sobre las consecuencias de la nulidad absoluta, y de sus relaciones con la confirmación”, trata de ofrecer una solución basada en una propuesta de interpretación de los arts. 632 y 633 orientada a sostener “el valor no esencial de la forma de la aceptación y, en consecuencia, admitir, en algún caso, la validez o posible confirmación tácita de una donación aceptada informalmente”; vid. especialmente pp. 139 y ss. Esfuerzo que nos parece legítimo y coherente con las características propias de nuestro sistema, con independencia de la valoración que de la propuesta concreta se pueda hacer.

⁷¹⁴ En algún caso, la nulidad del contrato no llevará aparejadas todas las consecuencias que son propias de dicha sanción jurídica, en virtud de la aplicación de un específico régimen legal: así ocurre, por ejemplo, en materia de sociedades anónimas, cuya nulidad determinará la apertura de la liquidación de la sociedad y no afectará a la validez de las obligaciones o los créditos contraídos por la sociedad frente a terceros; vid. art. 35 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas.

⁷¹⁵ Recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 314, que el Tribunal Supremo ha recurrido precisamente a estos preceptos, “a mayor abundamiento”, y una vez declarada la validez del negocio, para negar que el recurrente pudiera pedir la restitución, aun en el caso de que fuera nulo (sentencias de 11 de noviembre de 1895, 9 de marzo de 1900, 6 de mayo de 1902); o, viceversa, para llegar a los mismos efectos que si fuera válido un contrato declarado -acertadamente o no- nulo, y cumplido por ambas partes (y cita las sentencias de 30 de septiembre de 1929, 19 de marzo de 1948 -Sala 6ª, y 11 de diciembre de 1957).

⁷¹⁶ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit, II, 1º, pp. 378-379.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: "De la donación", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, VIII, 2º, Madrid, 1986.

ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil", I, 2º, 10ª ed., Barcelona, 1989; II, 2º, 8ª ed., Barcelona, 1989; III, 1º y 2º, 6ª ed., Barcelona, 1989.

ALBALADEJO, M.: "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico", *Revista de Derecho Privado*, XLII, 1958, pp. 603 y ss.

ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936.

AMORTH, G.: "Conversione novativa di contratto nullo", *Giurisp. italiana*, 1974, I, 2, pp. 261 y ss.

ANDRIOLI, V.: "In tema di conversione di negozio giuridico processuale", *Foro Italiano*, 1934, I, cc. 781-782.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano*, I, 18ª ed., Madrid, 1986.

ASTUTI, G.: Voz "Contratto (diritto intermedio)", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 759 y ss.

ATAZ LOPEZ, J.: Comentario al art. 1.254, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, en publicación.

ATAZ LOPEZ, J.: "Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones", en *Libro-homenaje al Profesor LACRUZ*, pp. 753 y ss. (en publicación).

ATAZ LOPEZ, J.: "Comentario a la STS de 23 de mayo de 1987", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 14, 1987, pp. 4.649 y ss.

AURICCHIO, A.: "In tema di conversione del negozio illecito", *Riv. di Dir. Comm.*, LII, 1954, II, pp. 253 y ss.

BARBERO, D.: *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, 3ª ed., Torino, 1950.

BARCELLONA, P.: *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BELLOMO, M.: Voz "Negozio giuridico (diritto intermedio)", en *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 922 y ss.

BENEDETTI, M.L.: "Profili civilistici dell' interposizione nel rapporto di lavoro subordinato", *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1965, pp. 1.536 y ss.

BERNARDINI, N.: "Caso aparente di conversione di negozio", *Foro Padano*, 1954, I, pp. 484 y ss.

BETTI, E.: *Corso di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929.

BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949.

BETTI, E.: *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1935.

BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile italiano*, dirigido por VASSALLI, Torino, 1952.

BETTI, E.: Voz "Conversione del negozio giuridico (diritto romano; diritto vigente)", en *Novissimo Digesto it.*, t. IV, Torino, 1959, pp. 810 y ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, III, ("Il contratto"), Milano, 1984.

BIGLIAZZI-GERI, L.: Voz "Conversione", en *Enc. del dir.*, t. X, Milano, 1962, pp. 528 y ss.

BONET CORREA, J.: *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981.

BONET CORREA, J.: "Problemática actual de las obligaciones pecuniarias", en *Rev. de Dcho. Notarial*, 1962, nº 36, pp. 197 y ss.

BUTERA, A.: *Della frode e della simulazione*, II, Torino, 1936.

CALZADA, M.A.: "Comentario a la STS de 13 de febrero de 1985", *Cuadernos CIVITAS de Jurisprudencia Civil*, nº 7, 1985, pp. 2.367 y ss.

CALZADA, M.A.: "Comentario a la STS de 24 de marzo de 1984", *Cuadernos CIVITAS de Jurisprudencia Civil*, nº 5, 1984, pp. 1.531 y ss.

CARBONNIER: *Derecho Civil*, trad. española y notas de ZORRILLA RUIZ a la 1ª ed. francesa, II, II, Barcelona, 1971.

CARIOTA-FERRARA, L.: *El negocio jurídico*, trad. española, prólogo y notas de ALBALADEJO, Madrid, 1956.

CARNEVALI, U.: *La donazione modale*, Milano, 1969.

CARRESI, F.: *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1987.

CARROZZA, A.: "La conversione legale del contratto privato come strumento d'intervento pubblico in agricoltura", *Riv. Dir. Civ.*, 1964, I, pp. 173 y ss.

CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, I, 2º, 14ª ed., Madrid, 1987.

CASTAN TOBEÑAS, J.: "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental", *Rev. Gral. Leg. y Jurisp.*, 1956, nº 201, pp. 164 y ss y 305 y ss.

CECI, D.: "Sulla conversione del negozio giuridico", *Nuovo diritto*, 1968, pp. 158 y ss.

CHIRONI, G.P. y ABELLO, L.: *Trattato di diritto civile italiano*, vol. VI ("Parte generale"), Torino, 1904.

CIAN, G. y TRABUCCHI, A.: *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1981.

CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977.

COBACHO GÓMEZ, J.A.: "La aparcería agrícola", *Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario*, 1982, pp. 663 y ss.

COLAGROSSO, E.: *Commentario al nuovo codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, Milano, 1943.

CORDÓN MORENO, F.: "Comentario al art. 1.223", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, 2º, 2ª ed., Madrid, 1991.

CORREIA, E.: *A conversão dos negócios jurídicos ineficaces*, Coimbra, 1949.

COVIELLO, N.: *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I (Parte generale), Milano, 1910.

CRISCUOLI, G.: *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959.

D'ANTONIO, A.: *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.

D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968.

DALMARTELLO, A.: "Questioni in tema di annullabilità del contratto", *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1963, pp. 16 y ss.

DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

DE CUPIS, A.: "Brevi note sulla conversione dei contratti", *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, XL, 1986, pp. 950-951.

DE CUPIS, A.: "Lineamenti essenziali della conversione del contratto", *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1989, pp. 429 y ss.

DE GIORGI, M.V.: *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976.

DE GIORGI, M.V.: Voz "Patto successorio", en *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 533 y ss.

DE LOS MOZOS, J.L.: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona, 1965.

DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959.

DE MARTINI, "Il principio della 'conversione dei negozi giuridici' e la convertibilità della cambiale agraria in cambiale ordinaria", *Riv. dir. comm.*, 1946, II, pp. 698 y ss.

DE NOVA, G.: *Codice civile e leggi collegate*, Bologna, 1989.

DE NOVA, G.: *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA, G.: Voz "Conversione del negozio nullo", en *Enc. giuridica*, 9, Roma, 1988.

DE RUGGIERO, R. y MAROI, F.: *Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Milano, 1950, vol. I.

DE SIMONE, M.: "In tema di conversione ex art. 2.701 cod. civ.", *Giustizia civile*, 1956, I, pp. 1.055 y ss.

DELGADO ECHEVERRIA, J.: "De la nulidad de los contratos", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, XVII, 2º, Madrid, 1981.

DERNBURG, A.: *System des Römischen Rechts-Pandekten*, I, 1ª, trad. italiana de la 6ª ed., al cuidado de CICALA, Torino, 1906.

DI BLASI, F.U.: *Commentario al nuovo codice civile italiano. Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, Milano, 1950.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, R.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 5ª ed., Madrid, 1988; vol. III, 5ª ed., Madrid, 1990; vol. IV, 4ª ed., Madrid, 1988.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L.: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963.

DILCHER, H.: *J. von Staudingers Kommentar zum B.G.B. mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12ª ed., Berlin, 1980, §§ 90-240.

DISTASO, N.: *I contratti in generale*, II, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigido por BIGIAMI, Torino, 1966.

DISTASO, N.: "Simulazione relativa e conversione del negozio giuridico", *Giustizia civile*, 1958, I, pp. 549 y ss.

ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, 2º (ENNECCERUS, NIPPERDEY: "Parte general"), trad. española de la 39ª ed. alemana y comentarios de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1935.

ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil español*, vol. I, 7ª ed., Madrid, 1979.

FADDA, C., BENZA, P.E. y BONFANTE, P.: "Note dei traduttori" al libro segundo del *Diritto delle Pandette* de WINDSCHEID, vol. IV, Torino, 1930.

FEDELE, A.: *Commentario al codice civile (Libro delle obbligazioni)*, dirigido por D'AMELIO y FINZI, vol. I, Firenze, 1948.

FEDELE, P.: Voz "Conferma (diritto canonico)", en *Enc. del dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 860 y ss.

FEIN: *Commentario alle Pandette* de GLÜCK, t. XLV, trad. italiana de BONFANTE, Milano, 1909.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "La sociedad anónima irregular", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, estudios coordinados por ALONSO UREBA y otros, t. I ("La fundación"), Madrid, 1991, pp. 613 y ss.

FERRARA, L.: *Diritto privato attuale*, 2ª ed., Torino, 1948.

FERRARI, S.: "Inesistenza e nullità del negozio giuridico", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, XII, 1958, pp. 514 y ss.

FERRI, G.B.: *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, reimp., Milano, 1968.

FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero del negozio invalido", *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 1 y ss.

FERRI, G.B.: *Le promesse unilaterali. I titoli di credito*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1972.

FERRI, G.B.: "Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico", *Riv. dir. comm.*, LXI, 1963, II, pp. 271 y ss.

FERRI, G.B.: Voz "Conversione dei negozi giuridici", en *Nuovo Digesto italiano*, t. IV, Torino, 1938, pp. 210 y ss.

FINZI: *Studi sulla nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920.

FORCHIELLI, P.: *I contratti reali*, Milano, 1952.

FRANCESCHELLI, V.: Voz "Conversione del negozio nullo", en *Digesto, Discipl. priv.- Sez civ.*, 4ª ed., 4, Torino, 1989, pp. 376 y ss.

FUNAIOLI, G.B.: "Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico", *Nuova riv. dir. comm., dir. dell'economia e dir. sociale*, 1947, vol. I, pp. 215 y ss.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol. I y vol. II, tt. 1 y 2, Padova, 1990.

GALGANO, F.: *Diritto privato*, 5ª ed., Padova, 1988.

GANDOLFI, G.: "Il concetto moderno di 'conversione' e la sua genesi legislativa", en *Studi in onore di ARNALDO BISCARDI*, II, Milano, 1982, pp. 551 y ss.

GANDOLFI, G.: "Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà 'ipotetica'", *Riv. dir. civ.*, n. 2, 1990, pp. 197 y ss.

GANDOLFI, G.: "Introduzione allo studio del concetto legislativo di 'conversione'", en *Studi in onore di CESARE SANFILIPPO*, VI, Milano, 1985, pp. 317 y ss.

GANDOLFI, G.: "Introduzione metodologica allo studio storico della 'conversione'", *Ius*, 1964, pp. 212 y ss.

GANDOLFI, G.: *La conversione dell'atto invalido. 1) Il modello germanico*, Milano, 1984.

GANDOLFI, G.: *La conversione dell'atto invalido. 2) Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, reimp. 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª ed., I, Madrid, 1989.

GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983.

GAZZONI, F.: "La giustificazione causale del negozio attributivo di conferma", *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 269 y ss.

GENOVIVA, P.: "La legge sull'intermediazione di mano d'opera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica", *Riv. giur. del lavoro*, 1978, I, pp. 465 y ss.

GHESTIN, J.: *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, 1980.

GIANNITI, P.: "Conversioni contrattuali proprie ed improprie", *Contratto e impresa*, 1990, pp. 1.103 y ss.

GIORGIANNI, M.: Voz "Causa (dir. priv.)", en *Enc. del dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 547 y ss.

GIORGIANNI, M.: Voz "Forma degli atti (dir. priv.)", en *Enc. del dir.*, XVII, Milano, 1968, pp. 988 y ss.

GIUFFRÉ, V.: *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli, 1965.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, 3ª ed., Madrid, 1989.

GORDILLO CAÑAS, A.: "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal", en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, pp. 101 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)", en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I, Madrid, 1990, pp. 935 y ss.

GRASSETTI, C.: *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938.

GRASSETTI, C.: Voz "Conservazione (Principio di)", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 173 y ss.

GROSSO, G.: Voz "Contratto (diritto romano)", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 750 y ss.

GUARNIERI, A.: "L'interposizione ingiustificata nei rapporti di lavoro: la problematica civilistica", en *Riv. italiana di dir. del lavoro*, 1987, I, pp. 407 y ss.

GUERRIERO: *L'acte juridique solennel*, Paris, 1975.

GUILARTE ZAPATERO, V.: Comentarios a los arts. 1.822 a 1.886, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* de EDERSA, dirigidos por ALBALADEJO, t. XXIII, Jaén, 1979.

HUECK, A. y CANARIS, C.W.: *Derecho de los títulos-valor*, trad. española de la 1ª edición alemana (München, 1977), a cargo de ALFARO, Barcelona, 1988.

JEANTIN, M.: "Lettre de change. Création. Forme. Capacité. Représentation", *Juris Classeur Commercial*, fasc. 410, 1984.

JORDANO BAREA, J.B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.

KRAMPE: *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main, 1980.

KUNZE: *Cursus des römischen Rechts*, 2ª ed., Leipzig, 1879.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, I (Parte general), vol. 3º, Barcelona, 1990; II (Derecho de Obligaciones), vol. 1º, 2ª ed., Barcelona, 1985; II

(Derecho de Obligaciones), vol. 2º, 2ª ed., Barcelona, 1987; III (Derechos reales), 2º, 2ª ed., Barcelona, 1991.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, 2ª ed. Barcelona, 1984.

LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte general*. Trad. española y notas de IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA a la 3ª ed. alemana, Jaén, 1978.

LARENZ, K.: *Derecho de Obligaciones*, trad. española y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Madrid, 1958.

LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial (Manual para economistas)*, Madrid, 1987.

LEHMANN, H.: *Tratado de Derecho Civil*, vol. I (Parte general), trad. española de NAVAS, Madrid, 1956.

LEPRI, A.: "Sull'applicabilità dell'art. 1.424 cod. civ. ai patti successori istitutivi", *Vita Notarile*, 1984, I, pp. 829 y ss.

LONGO, C.: *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1930.

LÓPEZ FRÍAS, A.M.: "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, 1990, pp. 851 y ss.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: "De la interpretación de los contratos" (comentarios a los arts. 1.281 a 1.289 C.c.), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVII, vol. 2º, Madrid, 1981.

MARANO, V.: "Limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto", *Giustizia civile*, 1990, II, pp. 57 y ss.

MARINA, F.A.: Voz "Conversione del negozio giuridico", en *Enciclopedia forense*, vol. II, Milano, 1958, pp. 722 y ss.

MAYER-MALY, Th.: *Münchener Kommentar (B.G.B.) Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 1978.

MAZZONI, C.M.: "Invalidità degli atti giuridici", *Riv. dir. civ.*, 1989, I, pp. 225 y ss.

MEDICUS, D.: *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, 2ª ed., Heidelberg, 1985.

MELÓN INFANTE, C.: *Código Civil alemán (B.G.B.)*, trad. española, en *Tratado de Derecho Civil* de ENNECCERUS y otros, Barcelona, 1955.

MESSINEO, F.: *Doctrina general del contrato*, trad. al castellano de FONTANARROSA, SENTÍS MELENDO y VOLTERRA, Buenos Aires, 1952.

MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por CICU y MESSINEO, vol. XXI, t. 2, Milano, 1972.

MESSINEO, F.: Voz "Contratto (diritto privato)", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 784 y ss.

MIRABELLI, G.: Voz "Negozio giuridico (teoria)", en *Enc. del dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 1 y ss.

MODICA, R.: "Conversione e adeguato apporto nella interpretazione delle Sezioni unite", *Giurisp. italiana*, 1989, I, 1, pp. 1.396 y ss.

MOSCO, L.: *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947.

NATOLI: *I contratti reali*, Milano, 1975.

NICOLO', R.: Voz "Codice civile", en *Enc. del dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 240 y ss.

NÚÑEZ LAGOS, R.: "La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública", en *Curso de conferencias (1948) del Ilustre Colegio Notarial de Valencia*, pp. 233 y ss.

NUZZO, M.: "Note sulla conversione dei negozi giuridici", *Giustizia civile*, 1982, II, pp. 1.896 y ss.

OPPO, G.: *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943.

ORTEGA PARDO, G.J.: Recensión al libro *A conversão dos negócios jurídicos ineficaces* de CORREIA, en *Anuario de Derecho Civil*, III, 1950, pp. 434 y ss.

PACCHIONI, G.: *Elementi di diritto civile*, 2ª ed., Torino, 1921.

PACIFICI-MANZONI, E.: *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5ª ed., al cuidado de VENZI, vol. II, parte I, Firenze, 1914.

PANDOLFELLI, G., SCARPELLO, G., STELLA RICHTER, M. y DALLARI, G.: *Codice civile (lavori preparatori). Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942.

PATARIN, J.: *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*, Paris, 1954.

PAVONE LAROSA, A.: "Nullità e annullabilità del contratto", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, III, 1949, pp. 431 y ss.

PERLINGIERI, P.: "La pretesa conversione del negozio c.d. obbligatorio o ad effetti obbligatori (in tema di servitù a favore e a carico di "edificio da costruire")", *Riv. giur. dell'edilizia*, 1964, II, pp. 248 y ss.

PERRIN, X.: *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse, Besançon, 1911.

PIÉDELIÉVRE, R.: *Des effets produits par les actes nuls*, Paris, 1911.

PONSARD, A. y BLONDEL, P.: Voz "Nullité", en *Encyclopédie DALLOZ*, 2ª ed., 1973, t. VI.

PUCHTA: *Pandekten*, Leipzig, 1877.

PUGLIATTI, S.: *Introducción al estudio del Derecho Civil*, traducción española de la 2ª ed., México, 1943.

PUGLIATTI, S.: *Nuovi aspetti del problema della causa*, Messina, 1934.

PUGLIATTI, S.: Voz "Conoscenza", en *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 45 y ss.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. I, 2ª ed., Barcelona, 1978.

PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil español*, I, 2ª ed., Pamplona, 1972.

RAFFAELLI, A.: "Circa la conversione dei negozi giuridici (conversione volontaria- conversione legale- conversione formale)", *Foro Padano*, 1963, I, pp. 1.166 y ss.

REGELSBERGER: *Pandekten*, vol. I, Leipzig, 1893.

RIEG, A.: "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXº siècle", *Archives de Philosophie du Droit. Le rôle de la volonté dans le Droit*, Paris, 1957, pp. 125 y ss.

RIERA AISA, L.: Voz "Conversión (del negocio jurídico)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. V, Barcelona, 1953, pp. 713 y ss.

RODOTA', S.: *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

RODRIGUES BASTOS, J.: *Código Civil português*, 9ª ed., Coimbra, 1990.

RODRIGUES VENTURA, R.J.: *A conversão dos actos jurídicos no Direito Romano*, Lisboa, 1947.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: "Comentario al art. 1.223", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Divieto di interposizione e flessibilità nell'utilizzazione del lavoro. Analisi e proposte comparate*, tesis inédita, Bologna, 1991.

RÖMER: "Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen", en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 36, 1853.

ROPPO, E.: "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 686 y ss.

RUBIO GARRIDO, T.: *La compravendita: effetto obbligatorio ed effetto reale (Sull'obbligazione di trasferire e il suo regime di responsabilità -le garanzie-)*, tesis inédita, Bologna, 1991.

RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1980.

SACCO, R.: *Il contratto*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por VASSALLI, vol. VI, t. 2, Torino, 1975.

SACCO, R.: *Le invalidità*, en *Trattato di diritto privato* dirigido por RESCIGNO, vol. 10, Torino, 1982.

SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929.

SANTORO-PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del contratto*, Napoli, 1954.

SARACINI, E.: *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.

SATTA, G.: *La conversione dei negozi giuridici*, Milano, 1903.

SCALISI, V.: Voz "Ineficacia (dir. priv.)", en *Enc. del dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 322 y ss.

SCIPIONE, E.: "Contratto di edizione e conversione del negozio giuridico", *Diritto di autore*, 1973, pp. 32 y ss.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Contratti in generale*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por GROSSO y SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961.

SCOGNAMIGLIO, R.: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

STELLA RICHTER, G.: "Il principio di conservazione del negozio giuridico", en *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, XXI, 1967, pp. 410 y ss.

STOLFI, G.: *Teoria del negozio giuridico*, reimp., Padova, 1961.

STOLFI, N.: *Diritto civile*, vol. I, parte seconda (*Il negozio giuridico e l'azione*), Torino, 1931.

TERRE', *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1957.

THIBAUT: *System des Pandekten-Rechts*, vol. I, Jena, 1834, p. 64.

THÖL: *Das Handelsrecht*, 3ª parte (*Das Wechselrecht*), 4ª ed., Leipzig, 1878.

TOMMASINI, R.: Voz "Nullità (dir. privato)", en *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 866 y ss.

TRABUCCHI, A.: *Istituzioni di diritto civile*, 28ª ed., Padova, 1986.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", en *Anuario de Derecho Civil*, V, 1952, pp. 1.205 y ss.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, 4ª ed., vol. I, Valladolid, 1935.

VASSALLI, F.: *Le annotazioni di FILIPPO VASSALLI in margine a taluni progetti del libro delle obbligazioni*, al cuidado de FERRI, G.B., Padova, 1990.

VELASCO SAN PEDRO, L.A.: "Comentario a la STS de 19 de septiembre de 1986", *Cuadernos CIVITAS de Jurisprudencia Civil*, nº 12, 1986, pp. 3.983 y ss.

VENTOSO ESCRIBANO, A.: *Constitución de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1991.

VENZI, G.: *Manuale di diritto civile italiano*, 8ª ed., reimp. Torino, 1937.

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. II, Valencia, 1982; y, de la misma obra, t.II, 3ª ed., Barcelona, 1990.

VIGNALE, M.: "Il patto successorio, la 'donatio mortis causa' e la conversione del negozio illecito", en *Dir. e giurispr.*, 1962, pp. 304 y ss.

VON TUHR, A.: *Parte générale du Code fédéral des obligations*, vol. I, trad. francesa de TORRENTE' y THILO, Lausanne, 1929.

WEILL, A. y TERRE', F.: *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., 1975.

WENDT: *Lehrbuch der Pandekten*, Iena, 1888.

WIEACKER, F.: "La conversión dell'atto nullo nel diritto tedesco (e l'indagine di un comparatista italiano)" (recensión a *La conversión dell'atto invalido. 1) Il modello germanico*, de GANDOLFI), *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1984, pp. 1.311 y ss.

WINDSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, I, trad. italiana de FADDA y BENZA, Torino, 1925.

ZICCARDI, F.: "L'integrazione del contratto", *Riv. trim. dir. e proced. civ.*, 1969, pp. 108 y ss.

ZORRILLA RUIZ: Traducción y notas al *Derecho Civil* de CARBONNIER, II, II, Barcelona, 1971.