



Joe NAVARRETE PÉREZ*

Ineficacia como mecanismo de tutela y nulidad especial

El autor analiza la ineficacia como sanción y como mecanismo de tutela que el ordenamiento provee a favor de los particulares, decantándose por esta última posición. Luego expone los principales aspectos de la nulidad especial como mecanismo de tutela y resalta las diferencias más importantes que se tiene respecto del régimen general de nulidad establecido doctrinalmente y legislativamente. Finalmente realiza un breve análisis sobre un supuesto de nulidad especial: la nulidad del pacto social regulada en la Ley General de Sociedades.

Tema relevante

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 119 y 137.
- **Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (09/12/1997):** arts. 33, 37, 38, 139 y 150.

PALABRAS CLAVE: Ineficacia / Nulidad / Tutela / Pacto social / Ley General de Sociedades

Recibido: 10/05/2016

Aprobado: 20/05/2016

Introducción

La autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino un poder conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares para la regulación de intereses. En dicho sentido, Ferri nos dice que “[l]a autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas”¹. Por su parte, Sacco refiere que “[l]a autonomía no inicia allá donde el sujeto puede crear reglas libremente (si libremente quiere decir

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado en el estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN.

1 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 8.

‘sin cargas’). La autonomía comienza allá donde el ordenamiento pone a disposición del sujeto uno o más procedimientos, más o menos expeditivos, más o menos fácilmente ágiles, mediante los cuales el sujeto alcanza a crear la regla jurídica².

Dichos límites, teniendo en cuenta que la autonomía privada es un “producto” eminentemente jurídico, son impuestos por el ordenamiento jurídico, el mismo que se encarga de fijar los requisitos para que los privados se puedan vincular de manera válida y eficaz. Caso contrario nos encontraremos ante actuaciones de la autonomía privada que no sean idóneas para la satisfacción de los intereses privados que todo negocio jurídico encierra. Partiendo de aquella premisa, es necesario establecer si en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico “reacciona” ante determinado acto de autonomía privada nos encontramos ante una sanción o ante otra institución.

I. La ineficacia del negocio jurídico como sanción

Usualmente se considera a la invalidez y, más en general, a la ineficacia, como sanciones que el ordenamiento jurídico impone sobre los sujetos de derecho. Es esta la posición de importantes juristas como Renato Scognamiglio y Luis Díez-Picazo.

Así tenemos que, Scognamiglio señala que “la invalidez constituye, ontológicamente, una calificación negativa del fenómeno negocial, tal y como se deduce del hecho de que comúnmente se hable de negocio inválido (ella, entonces, no puede ir separada de

este), por otro lado, y desde el punto de vista del fin, esta calificación constituye una sanción contra la actividad negocial de los particulares: una sanción que tiene como fin garantizar la observancia de las normas reguladoras, y que, por su conformación cumple perfectamente dicha tarea³. Por su parte, Díez-Picazo refiere que “[l]a ineficacia del contrato es, además, una sanción. Si por sanción entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionador de la ineficacia es claro. Existe una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría⁴”.

II. La ineficacia del negocio jurídico como mecanismo de tutela

Por mi parte, siguiendo a Roppo, considero que la ineficacia y la invalidez se encuadran dentro del concepto genérico de “mecanismos de tutela” o “remedios” que el ordenamiento jurídico otorga para que los privados no se vean defraudados en sus expectativas. En tal sentido, “frente a la lesión actual o potencial de los intereses merecedores de tutela, que serían vulnerados por la normal producción de los efectos del contrato defectuoso, la ley ofrece instrumentos para prevenir o remover la lesión misma –en una palabra, para ponerle remedio–. Y el remedio

2 SACCO, Rodolfo. *Il Fatto, L'atto, Il Negozio*, con la colaboración de Paola CISIANO, en Trattato di Diritto Civile, dirigido por Rodolfo SACCO, UTET Giuridica, Turín, 2005, p. 106.

3 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León, Grijley, Lima, 2004, p. 473.

4 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero, Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición, Thomson-Civitas, 2007, pp. 452-453.

consiste en liberar a las partes del vínculo contractual o en **reponer en discusión los efectos del contrato**⁵.

Teniendo en cuenta aquello podemos señalar que la invalidez y la ineficacia no se instalan dentro de una concepción sancionadora o punitiva del ordenamiento jurídico frente al obrar autónomo de los particulares sino en un plano de protección o resguardo de los intereses privados, los cuales serían dañados en aquel caso en el cual el ordenamiento jurídico no estableciera un mecanismo de protección o un remedio idóneo para que los privados puedan ver protegidos sus intereses.

Tal como señala Roppo, si el contrato prescindiera de aquella reacción frente al acto de autonomía privada⁶, y en tal sentido vinculara a las partes, produciendo sus efectos normales, se podrían realizar resultados indeseables y en tal sentido “saldrían **lesionados intereses merecedores de tutela**”⁷. Teniendo en cuenta aquello podemos señalar que la ineficacia no se instala dentro de una concepción sancionadora o punitiva del ordenamiento jurídico frente al obrar autónomo de los particulares sino en un plano de protección o resguardo de los intereses privados, los cuales serían dañados en aquel caso en el cual el ordenamiento jurídico no hubiera establecido un mecanismo de protección o un remedio idóneo para que los privados puedan ver protegidos sus intereses.

III. La ineficacia de los actos de autonomía privada

El negocio jurídico es la expresión por excelencia de los actos de autonomía privada. Había señalado con anterioridad que soy partícipe de la concepción normativa

¿Qué dice Sconamiglio?

La invalidez constituye, ontológicamente, una calificación negativa del fenómeno negocial, tal y como se deduce del hecho de que comúnmente se hable de negocio inválido (ella, entonces, no puede ir separada de este), por otro lado, y desde el punto de vista del fin, esta calificación constituye una sanción contra la actividad negocial de los particulares: una sanción que tiene como fin garantizar la observancia de las normas reguladoras, y que, por su conformación cumple perfectamente dicha tarea.

del negocio jurídico y de la autonomía privada por lo que pienso que el negocio jurídico es una norma jurídica de fuente privada que emana del poder negocial otorgado a los particulares.

Ahora bien, es natural que los sujetos a fin de satisfacer sus necesidades busquen que las herramientas con las que cuentan sean útiles a su propósito. Dicha utilidad de la herramienta denominada negocio jurídico es la eficacia. El sujeto al relacionarse busca que lo regulado se vuelva eficaz, que tenga efectos; desde luego no siempre aquello es así, ya que existen situaciones en las que los efectos son negados por el ordenamiento jurídico o por los sujetos mismos (como en los casos de condición suspensiva o simulación). Cuando un negocio no produce efectos –total o parcialmente– se dice que es ineficaz.

5 ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 667.

6 El autor habla de manera general y coloquial de “contrato defectuoso”.

7 ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 667.

1. El concepto de ineficacia

En general puede decirse que hay ineficacia en aquellos supuestos de falta total parcial de aquellos efectos jurídicos que deberían de haberse producido en todos aquellos casos en los cuales se hubiera celebrado un negocio jurídico o contrato válido, por ello, Díez-Picazo prefiere hablar de “eficacia anormal”⁸. Tal como lo señala Díez-Picazo, la idea de ineficacia no detecta un fenómeno real, sino que alude a una determinada valoración jurídica que debe ser asignada a determinados actos humanos.

Esto quiere decir que cuando denominamos a un contrato nulo, inválido o ineficaz, no estamos diciendo que en el mundo de la realidad no se produzcan a virtud de este consecuencias jurídicas, sino que debe recibir un determinado tratamiento y que las consecuencias jurídicas que pretendan ser fundadas en él no merecen amparo o incluso que han de borrarse y desaparecer. La idea de ineficacia no pertenece al mundo del ser, sino al mundo del deber ser⁹.

2. Ineficacia originaria e ineficacia funcional

Existen diversas clasificaciones de ineficacia. A los propósitos del presente trabajo quisiera resaltar aquella que las clasifica en **ineficacia originaria**, denominada también ineficacia por causa intrínseca o ineficacia estructural, e **ineficacia funcional**, denominada también por causa extrínseca¹⁰.

a) La **ineficacia estructural** es aquella que está referida a los elementos de la estructura del negocio, y sus causales deben

Comentario relevante del autor



Podemos señalar que la invalidez y la ineficacia no se instalan dentro de una concepción sancionadora o punitiva del ordenamiento jurídico frente al obrar autónomo de los particulares sino en un plano de protección o resguardo de los intereses privados, los cuales serían dañados en aquel caso en el cual el ordenamiento jurídico no estableciera un mecanismo de protección o un remedio idóneo para que los privados puedan ver protegidos sus intereses.

estar presentes al momento de la celebración del negocio, razón por la cual se le suele llamar también originaria. Los ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico de la referida ineficacia están representados por la nulidad y la anulabilidad.

b) La **ineficacia funcional** está referida no a la estructura del negocio sino a algo externo al mismo, siendo sus causales sobrevivientes a la celebración del mismo, por lo que un negocio que venía produciendo efectos deja de producirlos. Ejemplo de aquella es la resolución, la cual según el artículo 1371 del Código Civil deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración.

8 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero, *Introducción. Teoría del contrato*. 6ª edición, Thomson-Civitas, 2007, p. 451.

9 *Ibidem*.

10 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. Grijley, Lima, 2002, p. 12.

IV. La invalidez de los actos de autonomía privada

La regulación de la invalidez no se hace a través de ella misma, al menos de manera general a nivel de legislación comparada, sino a través de sus dos (indiscutidas¹¹) especies: nulidad y anulabilidad¹². En tal sentido, puede afirmarse que la invalidez, como tal, más que un dato normativo es una categoría dogmática¹³. De otro lado, al igual que al momento de tratar sobre la definición del negocio jurídico, la doctrina ha sido “generosa” cuando se ha dispuesto elaborar teorías sobre la invalidez de los actos de autonomía privada¹⁴. Obviamente, por un tema de coherencia sistemática, cada teoría de la invalidez debería tener una correspondencia con la teoría del negocio jurídico que se adopte¹⁵.

1. El concepto de invalidez

La invalidez negocial presupone la existencia de un “juicio de desconformidad” en virtud del cual se concluye que el negocio no cumple con las “directrices” establecidas por el ordenamiento jurídico¹⁶. En general debe señalarse que la invalidez responde a un criterio de ponderación entre los valores expresados en el propio negocio jurídico y los valores, o directrices, del ordenamiento jurídico. Aquello, en el plano sustancial.

Respecto del plano formal, la referida comparación se lleva a cabo entre las normas (y los principios, en su caso) establecidas por el ordenamiento jurídico y la norma jurídica establecida por los privados.

Este juicio de desconformidad con las directrices son las que dan lugar a la invalidez, absoluta o relativa, del negocio. Por ejemplo, Freddy Escobar señala que “la invalidez puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el requisito no cumplido por un elemento o presupuesto del negocio tutela intereses que no son disponibles por la parte o las partes, sea porque los mismos comprometen necesidades de terceros o de la colectividad en general (piénsese en el requisito de la licitud o en la posibilidad física o jurídica)”¹⁷. La invalidez absoluta o nulidad es la establecida en el artículo 219 del Código Civil.

2. Tema previo: la irrelevancia (o inexistencia) del negocio jurídico

La doctrina hace diferencia entre la nulidad y la inexistencia del negocio. “La inexistencia jurídica del negocio no puede resumirse en la noción de invalidez, puesto que solo un negocio existente puede ser válido o inválido”¹⁸. Un negocio será inexistente cuando no pueda reconocerse en aquel al acto de autonomía privada del negocio jurídico por

11 Es ya un tópico común la discusión si la “rescisión”, entendida como otra de las patologías del actuar autónomo de los privados, deba ser encuadrada también en la invalidez o en la denominada “ineficacia en sentido estricto”.

12 Aquello sin perjuicio de que algunos cuerpos normativos se señale de manera expresa los términos “validez” o “invalidez”, por ejemplo, el Código Civil señala dichos términos en los artículos 92, 104 o, incluso, en el propio 140 (artículo central en el cual se señala la definición del negocio jurídico donde se establece que “Para su validez se requiere (...)”). También la Ley de Sociedades señala dichos términos en los artículos 7 y 41, por poner algunos ejemplos.

13 ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 675; GENTILI, Aurelio. “Le Invalidità”. En: *I Contratti in Generale, a cura de Enrico Gabrielli*. UTET, p. 1257.

14 Para un recopilación breve de las diversas teorías sobre la invalidez puede verse, por ejemplo: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León, Grijley, Lima, 2004.

15 En sentido similar: MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: *Derecho*, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, 2006.

16 ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Causales de nulidad absoluta”. En: *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 913-914.

17 *Ibidem*, p. 914.

18 SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 295.

Comentario relevante del autor



La invalidez responde a un criterio de ponderación entre los valores expresados en el propio negocio jurídico y los valores, o directrices, del ordenamiento jurídico. Aquello, en el plano sustancial. Respecto del plano formal, la referida comparación se lleva a cabo entre las normas (y los principios, en su caso) establecidas por el ordenamiento jurídico y la norma jurídica establecida por los privados.

faltar algún elemento que no haga posible su identificación¹⁹. La inexistencia no ha sido regulada por nuestro ordenamiento jurídico, aunque puede ser derivada ante algunos silencios de la ley como en la ausencia de causa (fin).

3. La nulidad y anulabilidad del negocio jurídico

En términos simples podría señalar que, la nulidad puede ser entendida como un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas²⁰. En tanto que anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para

cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de voluntad²¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el libro de “Acto Jurídico” de nuestro Código Civil copió muchas de las normas del Código italiano de 1942 vale la pena citar los comentarios de Giovanni Battista Ferri sobre la invalidez y sus especies a dicho cuerpo normativo. Al respecto, el profesor señala: “[s]i con la anulabilidad el legislador de 1942 parece haber querido dar importancia a los vicios o defectos atinentes al iter formativo de la voluntad, con la nulidad, en cambio, parece haber tomado en consideración graves carencias en la estructura del negocio, o bien patologías en la función expresada por la regla negocial”²².

La nulidad, en principio, debería implicar las siguientes características²³:

- a) La ineficacia total y original del negocio.
- b) La imposibilidad que el negocio sea “saneado”.
- c) La naturaleza declarativa de la sentencia (o laudo) que comprueba su existencia.
- d) La posibilidad de que el juez (o el árbitro) la declare de oficio.
- e) La imprescriptibilidad de la acción para que sea declarada²⁴.

19 Siguiendo al mismo SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 296. transcribo un párrafo que me parece interesante: “La ley establece cuáles son los elementos formales que dan lugar a la nulidad y cuáles los que dan lugar a la anulabilidad del testamento (...), pero supone siempre un mínimo de requisitos a través de los cuales pueda reconocerse, en el caso concreto, un testamento, según la naturaleza esencialmente formal de este acto. Cuando, por el contrario, la forma solemne falte completamente, por ejemplo, porque las disposiciones de última voluntad hayan sido ordenadas de palabra, a nuestro entender, hay que considerar que el negocio, ante el silencio de la ley, es más bien inexistente”.

20 MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. cit.

21 Ídem.

22 FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León, ARA, Lima, 2002, p. 241.

23 Sigo en esta parte a ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Causales de nulidad absoluta”. En: *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. no tanto por la originalidad sino por la sistematización efectuada en su ensayo.

24 Característica que no ha sido acogida por la legislación positiva peruana que establece la existencia de un plazo de prescripción de 10 años para los casos de nulidad en el artículo 2001 del Código Civil.

- f) La posibilidad de que terceros con interés pueden accionar para que sea declarada.

Ya lo decía Betti²⁵ refiriéndose a la ineficacia: “el estudio que hemos de acometer demostrará la oportunidad de mantener diferenciados los dos órdenes de problemas: los concernientes a la diagnosis de la anormalidad y los que atañen al tratamiento jurídico”. Y es que la invalidez de cualquier negocio jurídico es un tema que debe ser abordado desde la óptica de los intereses que se encuentran detrás, respetando tanto las exigencias dogmáticas que un fenómeno como la invalidez puede traer aparejado, las cuales vienen determinadas por la configuración civil del instituto, y las exigencias prácticas derivadas de la realidad económica que se pretende regular.

4. Diferencias entre la nulidad y la anulabilidad

Podemos encontrar las siguientes diferencias entre nulidad y anulabilidad:

- a) Las causales de nulidad están basadas en la tutela de interés público, mientras las causales de anulabilidad en causales

de interés privado, como se mencionaba con anterioridad el interés protegido en la nulidad es uno que se manifiesta como indisponible y la anulabilidad un interés disponible.

- b) La demanda de nulidad puede interponerla no solo el o los sujetos que han intervenido en la celebración del negocio, sino cualquier tercero siempre que acredite legítimo interés económico o moral²⁶. A mi parecer el interés que se debe alegar no es un interés cualquiera sino uno cualificado, por ello la referencia al interés debe ser asimilada a la situación jurídica subjetiva de ventaja inactiva denominada interés legítimo. No siendo aquí el lugar para hacer una explicación sobre la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas referiré que el interés legítimo es aquella situación “encaminada a la consecución de un resultado favorable, consistente, según los casos, en la conservación o modificación de una determinada realidad”²⁷.
- c) Por el contrario, la demanda de anulabilidad solo puede ser interpuesta por la parte perjudicada²⁸. Para ser más precisos

25 BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 404.

26 Una “amplia” apreciación de los diversos “intereses” mencionados en el Código Civil la podemos apreciar en: RUBIO CORREA, Marcial. *Título preliminar. Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen III, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2001, p. 113, “sobre esta materia, el Código Civil contiene diversas normas vinculadas al interés público, interés social e interés nacional, que no tienen vinculación con el interés individualizable. Las que si tienen vinculación con este último, lo expresan de cuatro diversas maneras. Ellas son:

- El Legítimo interés en el artículo VI del Título Preliminar y en los artículos 49, 127, 129, 253, 351, 366, 399, 986, 1260 y 1999.

- El interés legítimo y actual en el artículo 275.

- El simple interés en los artículos 2, 67, 220, 421, 426, 535, 598, 599, 606, 610, 619, 619, 634, 640, 643, 644, 648, 654, 701, 786, 974, 1316 y 2106.

- El interés propio en el artículo 1457.

A primera vista, pudiera parecer que estas cuatro maneras de referirse a los intereses individualizables son equivalentes. Sin embargo consideramos que no es así”.

27 BRECCIA, Humberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. *Derecho Civil (normas, sujetos y relación jurídica)*. Tomo I, Volumen 1, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, Bogotá, 1995, p. 430.

28 La referencia a la parte y sobretodo su exposición a lo largo del libro II sobre los vicios de la voluntad hacen evidente que el legislador peruano “transcribió” las disposiciones sobre el contrato del Código Civil italiano de 1942, adecuando la terminología a lo que (impropiamente) llamo acto jurídico, ya que aquella redacción haría poco viable el hecho de aducir vicios de la voluntad en los negocios unilaterales. Como ya ha sido observado: “la referencia o fuente del régimen legal de los vicios de voluntad actualmente vigente en nuestro medio resulta estar constituida, en consecuencia por una codificación extranjera que regula el contrato, y no el negocio jurídico” (LEÓN, Leysser L. “Apuntes sobre el papel de la voluntad en

por aquella cuyo beneficio la ley establece la causal. En tal sentido, “la anulabilidad solamente puede ser esgrimida por las partes que han participado en el negocio donde se presenta la “patología”, y que son –como resulta incuestionable– las que mejor conocen los entre telones de la relación que han establecido (en los negocios bilaterales y plurilaterales), o del acto que han realizado (en los negocios unilaterales)”²⁹.

- d) La nulidad pueda ser declarada de oficio o a instancia de parte, mientras que la anulabilidad solo pueda ser declarada a instancia de parte.
- e) Los negocios nulos, en el régimen general establecido en el Código Civil, no son subsanables³⁰; aquello a diferencia de los negocios anulables que sí son subsanables por confirmación (como posteriormente se verá aquello es diferente en la nulidad del Pacto social, que si acepta una especie de confirmación).
- f) La sentencia en materia de nulidad es declarativa, ya que se limita a dejar constancia de un negocio que no producía efectos, en cambio la sentencia de nulidad por causal de anulabilidad es constitutiva ya que el negocio venía

produciendo sus efectos, otorgándosele efectos retroactivos.

- g) “La anulabilidad siempre es expresa, es decir, viene siempre declarada directamente por la norma jurídica, mientras que la nulidad puede ser expresa o tácita. La nulidad expresa o textual es aquella que se presenta cuando la norma declara directamente la nulidad del negocio en un determinado supuesto, mientras que la nulidad tácita o virtual es aquella que se configura cuando el negocio celebrado contraviene las buenas costumbres, el orden público o una o varias normas imperativas. Las nulidades virtuales son pues aquellas que se infieren o se deducen de una interpretación integradora del sistema jurídico en su totalidad. Como es evidente, la mayor parte de nulidades son tácitas o virtuales”³¹.

V. Las nulidades especiales

La invalidez, como toda institución jurídica, y en especial la nulidad, no constituyen estructuras pétreas respecto de las que el tiempo y la experiencia no hagan que se produzcan han evolucionado desde sus concepciones iniciales sufriendo a lo largo de su “historia” el trastocamiento de algunas de sus características principales, las mismas

los negocios jurídicos”. En: *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Ara Editores, Lima, 2004, p. 890); Para una exposición de la codificación peruana en general véase: LEÓN, Leysser L. “Las malas lecturas y el proceso de codificación civil en el Perú. El acto jurídico, el negocio jurídico y la historia de una confusión”. En: *Proceso & Justicia*. Año II, N° 2, Lima, 2002.

29 LEÓN, Leysser L. “Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos”. En: *Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código civil italiano (1942-2002)*. Ara Editores, Lima, 2004, p. 903.

30 La figura de la “confirmación” para los negocios nulos no está regulada en nuestro Código Civil, pero si observamos que aquella está regulada en el art. 34 de la Ley General de Sociedades, siendo aquello una norma de excepción respecto a la nulidad en general. Cuando el ordenamiento “desea” que la nulidad sea idónea para producir ciertos efectos se recurre a la figura de la conversión, tal como está dispuesta en el artículo 1424 del Código italiano de 1942: El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, si contiene los requisitos de sustancia y forma de este, y siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera, de haber conocido la nulidad.

Para un interesante ensayo sobre la conversión de los actos nulos, véase: DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel. “Conversión del acto jurídico”. En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Grijley, Lima, 2004.

31 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. Grijley, Lima, 2002, p. 15.

que han sido señaladas en manera general en las líneas anteriores.

En tal sentido, el presente tema es una muestra más del “relajo” que “sufre” el modelo clásico, general y unitario de la nulidad del negocio jurídico, entendida como la especie de invalidez más importante y drástica para obrar autónomo de los privados, frente a los cada vez más usuales y notorios modelos de “nulidades relativas” (como el caso de la impugnabilidad de acuerdos sociales reguladas en el artículo 139 de la Ley General de Sociedades) o “nulidades especiales” (como en el caso de la nulidad del pacto social regulada en el artículo 33 de la Ley General de Sociedades y la de la nulidad de los acuerdos societarios regulada en los artículos 38 y 150 de la Ley General de Sociedades). Debido a lo anterior, podría señalar que se ha dejado de entender a la nulidad como una figura monolítica e inmutable, pasando a comprenderla como **un mecanismo de tutela más se debe diversificar en su accionar a fin de tutelar de manera adecuada las diversas situaciones jurídicas.**

Aquello se ve confirmado y reforzado, si se tiene en cuenta el devenir actual de realidad jurídica (me refiero en el presente caso a la regulación en general) ya que en la actualidad asistimos a una “inflación” de supuestos de invalidez (ya sea que la invalidez se determine respecto de cláusulas concretas insertas en el negocio jurídico o de diversos tipos de negocios jurídicos) lo cual trae

Comentario relevante del autor



Las referidas “normas especiales” desconocen de manera abierta las características tradicionales de instituciones como la nulidad o la anulabilidad en lo referido, por ejemplo, a quién es el único sujeto legitimado a solicitar la nulidad de un contrato celebrado con un consumidor o la posibilidad de convalidar un contrato nulo.

como consecuencia, en mi opinión, a que el jurista tenga que realizar, a veces, una renuncia honrosa a intentar realizar una construcción unitaria y coherente, en todos sus aspectos, de una categoría general de invalidez (la cual sería aplicable a una no menos –discutida– categoría general de acto de autonomía privada como el negocio jurídico)³².

Las nulidades relativas y las nulidades especiales no son privativas del ámbito societario, sino que se han ido difuminando a lo largo del ordenamiento jurídico a través de leyes especiales que producen la necesidad de repensar en encontrar modelos generales o teorías generales de determinada institución jurídica tales como la nulidad, en nuestro caso, o la responsabilidad civil³³.

32 Al respecto véase: GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: *Teoría general del negocio jurídico, 4 Estudios fundamentales*. Traducción de Leysser L- León, ARA Editores, Lima, 2001; FERRI, Giovanni Battista. “El negocio jurídico”. En: *Teoría general del negocio jurídico, 4 Estudios fundamentales*. Traducción de Leysser L- León, ARA Editores, Lima, 2001; VALLE, Laura. “El debate sobre el negocio jurídico en Italia”. En: *Contratto e impresa, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*. Traducción realizada por Nélvor Carreteros y Rómulo Morales Hervias, Casa Editrice Dot. Antonio Milani, Cedam, Padova, 1993.

33 Al respecto véase: FRANZONI, Massimo. “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. ARA Editores, Lima, 2001, pp. 211-212. “Se trata de una crisis paradójica (tal como ha sido definida): de una crisis por exceso de inputs, es decir, provocada por la sobreabundancia de usos y de funciones heterogéneas entre sí”. En general podría decir que la hiperinflación normativa no solo viene por el lado del trastocamiento de los principios “clásicos” de Derecho Civil sino que se manifiesta como un fenómeno global, en el cual, como ya señalé, asistimos a una descodificación de las relaciones de la vida privada, para un interesante enfoque de aquello desde la vertiente sociológica, puede verse PERRIN, Jean-François. “La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días”. En: *Sociologías*. Año 7, N° 13, Porto Alegre, 2005, pp. 162-178.

Las referidas “normas especiales” **desconocen** de manera abierta las características **tradicionales** de instituciones como la nulidad o la anulabilidad en lo referido, por ejemplo, a quién es el único sujeto legitimado a solicitar la nulidad de un contrato celebrado con un consumidor o la posibilidad de convalidar un contrato nulo³⁴. Es así que, al igual como se ha señalado en Italia, “el cuadro positivo de la nulidad revela al intérprete momento de tensión entre los principios y la disciplina de la materia y es aún perceptible la dificultad de colocar numerosas *fattispecie*s en la configuración doctrinal del instituto”³⁵.

Todo lo anterior, puede enmarcarse dentro de un proceso mayor, denominado “descodificación”, tal y como la ha llamado en Italia Natalino Irti³⁶. Aquel proceso, incide en los institutos (más) clásicos del Derecho Civil haciéndonos preguntar no solo ya por la **utilidad** o **necesidad** de construir modelos abstractos sino también en la **posibilidad misma** de construcción de dichos modelos debido a la proliferación de figuras disímiles a lo largo del ordenamiento que hacen ardua la posibilidad de realizar construcciones de antaño tan útiles como interesantes.

Los juristas clásicos sonreían cuando se evocaba, en su tiempo, la ficción según la cual el Código Civil había sido escrito para ser leído y comprendido por todo buen padre de familia. Hoy en día la broma no le causa más gracia a nadie. En la época actual el sujeto de derecho puede desenvolverse solo mucho menos que antes³⁷.

Asimismo, el referido “relajo” del modelo clásico de nulidad es consecuencia de la segunda exigencia que señalábamos líneas arriba respecto de los caracteres que deberían guiar la regulación de la invalidez de los acuerdos sociales: los intereses en juego. En lo que sigue del presente documento me avocaré a estudiar brevemente un supuesto de nulidad especial como es el referido a la nulidad del pacto social regulado en el artículo 33 de la Ley General de Sociedades.

1. La nulidad del pacto social

El artículo 33 de la Ley General de Sociedades refiere lo siguiente:

“Artículo 33.-Nulidad del Pacto social

Una vez inscrita la escritura pública de constitución, la nulidad del Pacto Social solo puede ser declarada:

1. Por incapacidad o por ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine que la sociedad no cuenta con la pluralidad de socios requerida por la ley;
2. Por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410;
3. Por contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige; y,

34 Por ejemplo, el artículo 34 de la Ley General de Sociedades señala que no se podrá declarar la nulidad del pacto social: (i) Cuando la causa de ella ha sido eliminada por efecto de una modificación del pacto social o del estatuto realizada con las formalidades exigidas por la ley o, (ii) Cuando las estipulaciones omitidas pueden ser suplidas por normas legales vigentes y aquéllas no han sido condición esencial para la celebración del pacto social o del estatuto, de modo que este puede subsistir sin ellas.

35 CALICE, Elena. “La nullità relative nella legislazione speciale”. Véase en: <www.diritto.it/materiali/civile/calice.html>, acceso el 20 de junio de 2008.

36 IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación*. Bosch, Barcelona, 1992.

37 En el mismo sentido: PERRIN, Jean-François. “La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días”. En: *Sociologías*. Año 7, N° 13, Porto Alegre, 2005, p. 172.

Comentario relevante del autor



En el régimen actual, la inscripción de la sociedad en el Registro es el “punto de quiebre” entre la aplicación del régimen “ordinario” o “común” de la nulidad establecida para todos los negocios jurídicos y el régimen de nulidad del Pacto Social. No obstante aquello, en el artículo 22 de la Antigua Ley General de Sociedades, la inscripción tiene como propósito resguardar la validez de los negocios jurídicos celebrados por la sociedad desde su inscripción hasta la declaración de nulidad de la misma y no.

4. Por omisión de la forma obligatoria prescrita”.

Al respecto, existe una diferencia fundamental entre el régimen de nulidad establecido por la Antigua Ley General de Sociedades y la Ley General de Sociedades actual en lo referido a las causales que pueden dar origen a la nulidad del Pacto Social. Así, el artículo 22 de la Antigua Ley General de Sociedades establecía lo siguiente:

“**Artículo 22.-** Inscrita la sociedad en el Registro, la declaración de nulidad del contrato social no afecta la validez de los actos realizados en nombre de ella. En este caso, los socios quedarán liberados

de efectuar sus aportes solo después que se pague a los acreedores sociales.

Declarada la nulidad se procederá a la liquidación.

La nulidad no puede ser declarada cuando la causa de ella ha sido eliminada por efecto de una modificación del contrato social realizada con las formalidades exigidas por la Ley”.

Tal como se aprecia, al igual que en el régimen actual, la inscripción de la sociedad en el Registro es el “punto de quiebre” entre la aplicación del régimen “ordinario” o “común” de la nulidad establecida para todos los negocios jurídicos y el régimen de nulidad del Pacto Social. No obstante aquello, en el artículo 22 de la Antigua Ley General de Sociedades, la inscripción tiene como propósito resguardar la validez de los negocios jurídicos celebrados por la Sociedad desde su inscripción hasta la declaración de nulidad de la misma y no, como en el régimen actual, hacer inatacable a la Sociedad por otras causales que no sean las expresamente previstas en el artículo 33 de la actual Ley General de Sociedades.

Lo anterior tenía como consecuencia que la nulidad de la Sociedad podía ser declarada por cualquiera de los supuestos de nulidad establecidos en el Código Civil debido a que no se había producido la determinación concreta de ciertas causas como idóneas para la declaración de nulidad de la Sociedad. En tal sentido, utilizando los argumentos *a coherencia* y *sistemático*³⁸, el primer régimen de

38 “El argumento *a coherencia* parte de la idea de que un legislador razonable –y al que se supone también perfectamente previsor– no puede regular una misma situación de dos maneras incompatibles, de manera que existe una regla que permite descartar una de las dos disposiciones que provocan antinomia” (PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979, p. 81). “El argumento sistemático parte de la hipótesis que el derecho es algo ordenado y que sus diferentes partes constituyen un sistema, cuyos elementos pueden interpretarse en función del contexto en que se insertan” (PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979, p. 83). También sobre estos argumentos véase: CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZABALETA RODRÍGUEZ, Róger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 270 y 285.

nulidad estaría representado por la aplicación de las causales de nulidad del artículo 119 del Código Civil, es decir por el régimen general de la nulidad de los actos de autonomía privada. Dicho régimen sería aplicable desde la celebración del Pacto Social hasta su inscripción en los Registros Públicos. Luego, el segundo régimen estaría representado por aquellas causales señaladas en el artículo 33 de la Ley General de Sociedades antes referido. Causales de nulidad que se aplicarían de manera exclusiva a partir de la inscripción de la escritura pública de constitución en los Registros Públicos.

Tal como se señaló anteriormente, la Ley General de Sociedades actual dedica una mayor cantidad de normas al régimen de la nulidad de la Sociedad pasando de un artículo, el 22 antes referido de la Antigua Ley General de Sociedades, a nada menos que cinco artículos, los correspondientes del 33 al 37 de la actual Ley General de Sociedades. Al revisar uno de los manuales más usados en las aulas universitarias para el estudio del Derecho de Sociedades encontramos la referencia a que dichos artículos no encuentran antecedentes en la legislación comparada³⁹. No obstante aquello hace no mucho tiempo la doctrina nacional ha encontrado el antecedente del mismo en la legislación española⁴⁰.

El antiguo artículo 34 del ya derogado Real Decreto Legislativo N° 1564/1989, Texto refundido de la Ley General de Sociedades Anónimas, (en adelante, la “Antigua Ley General de Sociedades Anónimas española”), norma vigente al momento del inicio de vigencia de nuestra Ley General de Sociedades, establecía lo siguiente:

“**Artículo 34.** Causas de nulidad.

1. Una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad solo podrá ejercitarse por las siguientes causas:
 - a. Por resultar el objeto social ilícito o contrario al orden público.
 - b. Por no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales la denominación de la sociedad, las aportaciones de los socios, la cuantía del capital, el objeto social o, finalmente, por no respetarse el desembolso mínimo del capital legalmente previsto.
 - c. Por la incapacidad de todos los socios fundadores.
 - d. Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de estos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
2. Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad de la sociedad ni tampoco acordarse su anulación”.

Nótese la similitud del artículo 33 de nuestra Ley General de Sociedades y el antes transcrito artículo de la antigua Ley General de Sociedades Anónimas española. Las similitudes, salvo una aclaración que se hará luego, son obvias. Incluso, el referido artículo señala, evidenciando un mejor criterio del legislador español, en el numeral 2 la imposibilidad de que fuera de los casos

39 Véase: BEAUMONT CALLIGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 124 y ss.

40 MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: *Derecho*, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, 2006.

¿Qué dice Vincenzo Roppo?



Los remedios contractuales, entre los que incluye a la nulidad, son primariamente un problema de derecho positivo. Estos implican la ponderación comparativa de intereses en conflicto, que conduce a sacrificar a algunos para privilegiar a otros: por lo tanto, implican elecciones políticas del legislador, traducidas en normas de ley. Compete por ello a estas determinar si, en presencia de un determinado defecto del contrato debe aplicarse este o aquel remedio; y cómo el remedio debe estar disciplinado.

enunciados en el numeral 1 se pueda pretender la “inexistencia”, “nulidad” o “anulabilidad” de la sociedad. En nuestro medio, por el contrario, no existe norma similar la cual habría dotado de mayor seguridad el conjunto de remedios que jurídicamente se pueden pretender frente a la sociedad inscrita. No obstante aquello, considero que a pesar de la no enunciación de una regla explícita se puede deducir que la “inexistencia” y la “anulabilidad” no son remedios que puedan hacerse valer frente a algún vicio o defecto, en sentido coloquial, del Pacto Social.

En España, sobre el referido artículo se ha señalado que nos encontramos ante un “régimen específico de la nulidad de la sociedad anónima, que se aparta claramente de los principios y categoría generales ofrecidos a este respecto por el Derecho de obligaciones.

Y es que la inadecuación de las reglas tradicionales sobre nulidad de los negocios jurídicos a la realidad suscitada por las sociedades anónimas defectuosamente constituidas puede advertirse sin dificultad, si se considera que la inscripción, además de generar una apariencia de regularidad, da vida a una organización que puede intervenir activamente en el tráfico y generar así un amplio abanico de relaciones jurídicas, que el Derecho en ningún caso puede desconocer⁴¹.

Antes de repasar el antecedente de la norma española, debe ponerse en evidencia algo que me parece paso por alto el legislador de la actual Ley General de Sociedades. Si se aprecia bien, hemos señalado que el antecedente del artículo 33 de la actual Ley General de Sociedades, referido al régimen de nulidad de “todas” las sociedades, debido a su ubicación en el Libro Primero, en el cual se encuentran las “Reglas aplicables a todas las Sociedades”, ha sido tomado del artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas española, podrá advertirse que el referido régimen era aplicable, en España, a las sociedades anónimas y no de manera general a todas las sociedades.

A fin de seguir ahondando en lo señalado, es oportuno recordar el antecedente del artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas española, ya derogada a la fecha. La referida ley, cuyo nombre completo es Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, fue publicada el 22 de diciembre de 1989 y tuvo como propósito fundamental, además de adecuar el viejo régimen de las sociedades anónimas de la ley de 1951, realizar la adecuación de la normativa societaria española en lo referido a las sociedades

41 URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “La sociedad anónima: fundación”. En: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, 2ª edición, Thomson - Civitas, Madrid, 2006, p. 843.

de capital a las Directivas Comunitarias de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea⁴². Al respecto, en lo que interesa al presente trabajo tiene importancia la Primera Directiva (CEE) en materia de sociedades, Directiva 68/151/CEE, ya dejada sin efecto, y la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009⁴³, la cual recodifica la primera directiva mencionada.

Ahora bien, las peculiaridades, por llamarlo de algún modo, del régimen de nulidad de la sociedad no derivan solo, como podría pensarse, de las exigencias del tráfico jurídico o

de la protección a terceros sino, también, de la naturaleza del contrato de sociedad como “contrato plurilateral”, tema del que me he ocupado en otro lado al cual remito⁴⁴.

2. La nulidad del pacto social como nulidad especial

Ahora bien, dicho lo anterior, debemos recordar lo señalado líneas anteriores cuando hablábamos de la existencia de nulidades especiales con una lógica interna microsistémica o una lógica poscódigo, situación que se presenta a todas luces en el presente caso. Al respecto, habría que preguntarnos el

42 Con mayor exactitud podría señalarse que el referido régimen de nulidad de la Sociedad Anónima fue introducido primigeniamente a través de la “Ley de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades, Ley 19/1989, la cual introdujo en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 una nueva sección denominada “de la nulidad de la sociedad”, la cual se encontraba originalmente consagrada en los artículos 31 y 31.a, posteriormente, al amparo de la Disposición Final Primera de la mencionada ley se aprobó el Real Decreto Legislativo 1564/1989, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en donde el régimen de la nulidad se encuentra consagrado ya no en los artículos antes referidos sino en el artículo 34, ya transcrito, y 35 (ver mayores referencias en: LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J. *La nulidad de la sociedad anónima*. Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 21.

43 El Capítulo 4 de la Directiva 2009/101/CE establece lo siguiente:

“Artículo 11.- En todos los Estados miembros cuya legislación no prevea un control preventivo, administrativo o judicial, en el momento de la constitución, la escritura de constitución y los estatutos de la sociedad, así como las modificaciones de estos documentos, deberán constar en escritura pública.

Artículo 12.- La legislación de los Estados miembros solo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes:

a) La nulidad deberá ser declarada por resolución judicial;

b) La nulidad solo podrá declararse en los casos contemplados en los incisos i) a vi):

i. La falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública,

ii. El carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad,) la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social,

iii. La inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado,

iv. La incapacidad de todos los socios fundadores,

v. El hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos.

Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad.

Artículo 13

1. La oponibilidad a terceros de una resolución judicial que declare la nulidad estará regulada por el artículo 3. La oposición a terceros cuando esté prevista por el Derecho nacional, solo será admisible durante un plazo de seis meses a partir de la publicación de la resolución judicial.

2. La nulidad provocará la liquidación de la sociedad, en la misma forma que la disolución.

3. La nulidad no afectará por sí misma a la validez de los compromisos de la sociedad o de los contraídos hacia ella, sin perjuicio de los efectos del estado de liquidación.

4. La legislación de cada Estado miembro podrá regular los efectos de la nulidad entre los socios.

5. Los portadores de participaciones o de acciones seguirán estando obligados al desembolso del capital suscrito y no desembolsado, en la medida en que lo exijan los compromisos contraídos ante los acreedores.”

44 “El contrato plurilateral”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2015.

porqué de dicha regulación cuando de nulidad del Pacto Social se trata.

La primera, posible, razón que se presenta en la mente de aquel que observa la peculiaridad de la regulación de las causales de nulidad establecidas en el Ley General de Sociedades es que el Derecho Comercial se guía por principios propios derivados sobretudo de la práctica, los usos y la virulencia del tráfico comercial. Otra posible razón, la cual no excluye la anterior, es que la Ley General de Sociedades es una ley “especial”, encargada de regular relaciones específicas, regulación que debe adecuarse y nutrirse de las relaciones que pretende regular. La pregunta que debemos hacernos ahora es: ¿son estas razones válidas o adecuadas para “romper” –al menos de primera impresión– el sistema general de la nulidad establecida en el Código Civil?

Tal como lo habíamos señalado con anterioridad, la nulidad es básicamente un **juicio de desconformidad** del negocio respecto a las directrices que establece el ordenamiento jurídico, y no es, como lo entendía la doctrina mayoritaria, un supuesto de ausencia o defecto de algún elemento en el supuesto de hecho que le da vida.

Así, el Pacto social, en cuanto contrato, “constituye un acto de autorregulación de los intereses particulares, reconocido por el derecho como tal, puede encontrarse, por su propia naturaleza, en oposición con las normas jurídicas, que por su parte establecen la disciplina de la autonomía privada. De esta manera se delinea una hipótesis de antijuricidad absolutamente peculiar: la del contrato contrario a las llamadas normas ordenadoras,

Comentario relevante del autor



Las causales del Código Civil no se aplican a mí parecer por vía analógica sino por vía directa, ya que el Pacto social es un negocio jurídico como cualquier otro. Es decir (aunque parezca de Perogrullo) las normas del libro II del Código Civil denominado Acto jurídico (negocio jurídico) se aplican directamente al Pacto social, tanto las normas de nulidad como las de anulabilidad (como posteriormente explicare) sin perjuicio del artículo 33.

con relación a las cuales se explica perfectamente que el Derecho reaccione imponiendo una sanción característica: la de la invalidez, consistente en la negación o limitación de la relevancia ordinaria del contrato, y que constituye la medida más adecuada dentro del fin que el ordenamiento se propone satisfacer: golpear al contrato en su propia fuerza, siempre que lo encuentre contrario a alguna norma de disciplina⁷⁴⁵.

Lo dicho hasta aquí, trae una cuestión de fondo, que de seguro habrá sido advertida: la nulidad no es en esencia el estudio de la anormalidad del negocio sino sobre todo de la reacción del ordenamiento frente a algunas de aquellas anormalidades. Reacción que puede ser entendida como lo hace Scognamiglio como una sanción o como un mecanismo de protección, tal como lo hace parte de la doctrina.

45 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 203-231. Como podrá apreciar el atento lector la cita hace referencia al “contrato”, ya que el autor citado se basa su estudio en el Código Civil italiano de 1942, creo que la cita es perfectamente aplicable ya que como luego explicare considero que el pacto social si es un contrato.

Por ello no está demás señalar que con un análisis lógico podríamos encontrar diversas y variadas causales de nulidad, pero el Derecho y en especial el legislador no regula basado en exigencias lógicas sino y sobre todo por cuestiones de política legislativa. Tal y como refiere Scognamiglio⁴⁶: la invalidez constituye una medida jurídica que, como tal, puede operar exclusivamente en los casos para los cuales la establece la ley, y no la mera consecuencia de un juicio lógico.

En palabras de Roppo, los remedios contractuales, entre los que incluye a la nulidad, son “primariamente un problema de derecho positivo. Estos implican la ponderación comparativa de intereses en conflicto, que conduce a sacrificar a algunos para privilegiar a otros: por lo tanto, implican elecciones políticas del legislador, traducidas en normas de ley. Compete por ello a estas determinar si en presencia de un determinado efecto del contrato debe aplicarse este o aquel remedio; y cómo el remedio debe estar disciplinado”⁴⁷.

En tal sentido, partiendo del mismo concepto de nulidad podemos concluir que en el caso de la nulidad del Pacto Social nos encontramos ante un supuesto de nulidad especial⁴⁸. Asimismo, el trato diferenciado que le brinda el ordenamiento a la nulidad del pacto social no debería asustar a nadie ya que más allá de la categoría dogmática el legislador es libre de poder establecer frente a qué circunstancias (causales de nulidad) el ordenamiento jurídico debería reaccionar.

La segunda razón para que el legislador haya optado por el régimen peculiar de nulidad, en mi opinión, está basada en la seguridad jurídica, ya que una vez inscrito el Pacto social,

tal como refiere el artículo 33 la inscripción es presupuesto para demandar nulidad bajo el amparo de la Ley general de Sociedades, se crea confianza frente a los terceros y la fe pública registral entra a tallar en las relaciones entre la sociedad y estos.

Problema curioso se presenta cuando a pesar de la inscripción registral, la sociedad no ha realizado actividad alguna, por ende, no se ha relacionado ni provocado confianza, ¿se justificaría también aquí el amparo de la Ley General de Sociedades y su peculiar forma de nulidad? A mi parecer también debemos “proteger” a la sociedad con el artículo 33 de la Ley General de Sociedades sobretodo porque ingresar al campo probatorio de la vinculación entre la sociedad y terceros o la confianza generada frente a los mismos resultaría en mi opinión dificultoso debido a los problemas de información y probatorios en sí mismos dificultando la aplicación de la regla.

Otra situación no prevista se presenta cuando el Pacto Social aún no se haya inscrito, pero ya la sociedad se haya vinculado con terceros y creado confianza entre los mismos. En dicho caso, en mi opinión, demostrado el inicio de actividades de la Sociedad debería aplicarse frente a aquellos terceros con los que la Ley General de sociedades como las del Código Civil. Las causales del Código Civil no se aplican a mi parecer por vía analógica sino por vía directa, ya que el Pacto social es un negocio jurídico como cualquier otro. Es decir (aunque parezca de Perogrullo) las normas del libro II del Código Civil denominado acto jurídico (negocio jurídico) se aplican directamente al pacto social, tanto

46 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 231.

47 ROPPO, Vincenzo. “El contrato”. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 672.

48 Conforme con la nulidad especial CAMPOBASSO, Gian Franco. *Manuale di diritto commerciale*. UTET, Torino, 2002, p. 177.

las normas de nulidad como las de anulabilidad (como posteriormente explicaré) sin perjuicio del artículo 33.

Referencia bibliográfica

- BEAUMONT CALLIGOS, Ricardo. *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- BETTI, Emilio. *Teoría General del negocio jurídico*. Editorial Comares, Granada, 2000.
- CALICE, Elena. “La nullità relative nella legislazione speciale”. Véase en: <www.diritto.it/materiali/civile/calice.html>, acceso el 20 de junio de 2008.
- CAMPOBASSO, Gian Franco. *Manuale di diritto commerciale*. UTET, Torino, 2002.
- CASTILLO ALVA, José Luis; LUJÁN TÚPEZ, Manuel y ZABALETA RODRÍGUEZ, Róger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero, Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición, Thomson-Civitas, 2007.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Causales de nulidad absoluta”. En: *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- FRANZONI, Massimo. “La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones”. En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. ARA Editores, Lima, 2001.
- FERRI, Giovanni Battista. *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser L. León, ARA, Lima, 2002.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- GALGANO, Francesco. “El crepúsculo del negocio jurídico”. En: *Teoría general del negocio jurídico, 4 Estudios fundamentales*. Traducción de Leysser L- León, ARA Editores, Lima, 2001.
- GENTILI, Aurelio. “Le Invalidità”. En: *I Contratti in Generale, a cura de Enrico Gabrielli*, UTET.
- IRTI, Natalino. *La Edad de la Descodificación*. Bosch, Barcelona, 1992.
- LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J. *La nulidad de la sociedad anónima*. Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 21.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. “Contrato inválido”. En: *Derecho*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58, 2006.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Civitas, Madrid, 1979.
- ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SACCO, Rodolfo. “Il Fatto, L’atto, Il Negozio”, con la colaboración de Paola CISIANO. En: *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Rodolfo Sacco, UTET Giuridica, Turín, 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducción de Leysser L. León, Grijley, Lima, 2004.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Nulidad del Acto Jurídico*. Grijley, Lima, 2002.
- URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. “La sociedad anónima: fundación”. En: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, 2ª edición, Thomson - Civitas, Madrid, 2006.