

LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS PROHIBIDOS

**LA VINCULACIÓN ENTRE LA NULIDAD, LA RESTITUCIÓN, LA
REIVINDICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

SERGIO GONZÁLEZ GARCÍA



Universidad
Rey Juan Carlos
Servicio de Publicaciones

ISBN: 978-84-608-1677-5

«Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution» (article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789)

LA CAUSA DE LOS NEGOCIOS PROHIBIDOS

**LA VINCULACIÓN ENTRE LA NULIDAD, LA RESTITUCIÓN, LA
REIVINDICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN.....	13

CAPÍTULO I

LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS PROHIBIDOS: BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA

I. La configuración de la nulidad en el sistema causalista español.....	15
1. La nulidad de los negocios jurídicos	22
1.1. La relación entre la invalidez y la ineficacia	22
1.2. La distinción entre la nulidad y la anulabilidad	23
2. La nulidad de los actos jurídicos que no tienen una naturaleza negocial	27
II. El fundamento legal de la nulidad de los negocios prohibidos: la importancia de la causa	29
1. Vicio extrínseco: negocio que va más allá de los límites de la autonomía privada.....	34
1.1. La leyes: infracción textual o virtual.....	35
1.2. El orden público: orden público estatal y orden público económico europeo.....	36
1.3. La moral: el último límite.....	41
2. Vicio intrínseco: causa ilícita	42
2.1. La noción de causa del negocio jurídico	44
2.2. La ilicitud causal del negocio: la importancia del dolo	45
2.3. La distinción con el objeto ilícito: los intereses que se reglamentan en el negocio	52
III. La finalidad de esta nulidad.....	54
1. Ineficacia estructural.....	55
2. Ineficacia automática.....	56

3. Ineficacia absoluta	58
3.1. Legitimación activa	59
3.2. Legitimación pasiva	63
4. Ineficacia total o parcial	63
4.1. La ineficacia total	65
A. La ineficacia de los negocios coligados	65
B. La ineficacia de los contratos conexos	66
C. Los contratos derivados: los límites de la causa	67
4.2. La ineficacia parcial	69
A. Ineficacia parcial por mandato de ley	71
B. Ineficacia parcial objetiva o para evitar el fraude de ley..	78
C. Ineficacia parcial subjetiva o en atención a la voluntad de las partes	81
5. Ineficacia originaria o sobrevenida	85
6. Ineficacia definitiva	86
6.1. Imprescriptibilidad	86
6.2. Imposible confirmación	89
6.3. Difícil conversión	89

CAPÍTULO II

LA RESTITUCIÓN

I. La configuración de la acción restitutoria	93
1. Fundamento: el cumplimiento de la obligación nacida del negocio nulo	94
1.1. Dependencia de la nulidad	96
1.2. Efectos: retroactividad técnica	98
2. Finalidad: suprimir los efectos materiales cuando proceda	99
II. La regla general: la recíproca restitución	99
1. La legitimación para el ejercicio de la acción restitutoria	100
1.1. Legitimación activa	100
1.2. Legitimación pasiva	101

2. El plazo para su ejercicio	102
3. El alcance de la restitución.....	105
3.1. El momento de la evaluación de la restitución	105
3.2. La restitución de las prestaciones	106
A. Restitución como consecuencia de una obligación de dar	107
B. Restitución como consecuencia de la ejecución de una obligación de hacer o no hacer	112
C. Restitución de las obligaciones sucesivas de dar o hacer	112
3.3. La restitución por pérdida de la cosa	113
A. La pérdida física de la cosa.....	114
B. La pérdida jurídica de la cosa: su posible aplicación a los contratos derivados	116
III. La excepción a la recíproca restitución: la causa torpe	118
1. El fundamento y la finalidad de la excepción.....	125
2. Los presupuestos de la causa torpe	127
2.1. La torpeza: la relación entre la causa ilícita y la causa torpe..	127
2.2. La culpa: el criterio de imputación	133
A. La existencia de vicios del consentimiento que afectan a la causa	133
B. La moralidad de las partes	135
C. El conocimiento de las motivaciones.....	136
D. El criterio que se propone: la culpa de la ilicitud causal	137
3. Legitimación	142
3.1. Ausencia de legitimación: culpa compartida.....	142
3.2. Legitimación limitada: culpa de una de las partes	143
4. El plazo	144
5. Alcance de la restitución	145
5.1. El momento de la imputación de la culpa condiciona la restitución	146
5.2. La torpeza se proyecta sobre atribuciones patrimoniales definitivas.....	148

CAPÍTULO III
LA REIVINDICACIÓN Y LA USUCAPIÓN

I. La relación entre la nulidad, la acción restitutoria, la reivindicatoria y la usucapión.....	153
1. La adquisición <i>a non domino</i>	154
2. La usucapión	156
3. La acción reivindicatoria	159
II. La venta nula: negocios prohibidos	161
1. Acción restitutoria y acción reivindicatoria	161
2. La oponibilidad de la usucapión a la acción restitutoria	162
3. El posible ejercicio de la acción reivindicatoria una vez prescrita la acción de restitución sin que se haya producido la usucapión extraordinaria	164
III. La venta de cosa adquirida en virtud de un negocio nulo: contratos derivados	166
1. La relación entre las partes que suscribieron el negocio prohibido.....	167
2. La relación entre las partes que llevaron a cabo el contrato derivado ..	167
3. La relación entre el propietario y el poseedor de la cosa	168
IV. Las particularidades que presenta la causa torpe.....	170

CAPÍTULO IV
LA RESPONSABILIDAD CIVIL

I. El fundamento y la finalidad de la responsabilidad civil: su relación con la nulidad y la restitución.....	173
II. La naturaleza de la responsabilidad civil.....	174

III. Presupuestos de la responsabilidad civil.....	177
1. La antijuridicidad de la conducta y el resultado	177
1.1. La antijuridicidad de la conducta y del resultado: la importancia del dolo y la negligencia.....	178
1.2. La prueba de la antijuridicidad de la conducta y del resultado	181
2. El daño	181
3. La relación de causalidad material entre la conducta ilícita y el daño..	182
4. La imputación jurídica del daño: la culpa y el riesgo	183
4.1. Imputación objetiva	185
4.2. Imputación subjetiva	188
5. El alcance de la responsabilidad.....	188
6. Aspectos procesales.....	189
6.1. Legitimación	190
6.2. Plazo	191
CONCLUSIONES	193
BIBLIOGRAFÍA	205

ABREVIATURAS

ALCM	Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2104
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	Contra
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 206, de 25 de julio de 1889)
C. de Co.	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 289, de 16 de noviembre de 1885)
CEE	Comunidad Económica Europea
Constitución	Constitución Española (BOE 311, de 29 de diciembre de 1978)
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 281, de 24 de noviembre de 1995)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
LCGC	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE 89, de 14 de abril de 1998)
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 7, de 8 de enero de 2000)
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE 58, de 27 de febrero de 1946)
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 157, de 2 de julio de 1985)
PCM	Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013
PECL	Principles of European Contract Law
PMDOC	Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCEE/TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957, posteriormente, Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83, de 30 de marzo de 2010)
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE 287, de 30 de noviembre de 2007)

TS

Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Esta obra sistematiza desde una perspectiva causalista la relación que se establece en el Código Civil español entre la nulidad de los negocios prohibidos y la acción restitutoria que puede derivarse de la misma, así como su proyección sobre la acción reivindicatoria y la acción de responsabilidad civil.

La nulidad tiene como finalidad eliminar los efectos jurídicos de los negocios que adolecen de un vicio en su formación (restablecimiento de la legalidad: ineficacia). La aplicación de esta sanción afecta a los negocios prohibidos y puede servir como escudo (o excepción) para evitar su cumplimiento; o como espada (o acción) para justificar su invalidez y, en su caso, pedir la restitución de lo entregado (restauración del equilibrio económico), reivindicar los bienes que se hayan entregado (recuperación de un bien mueble o inmueble) y reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan causado (resarcimiento del daño).

La utilización de la nulidad como espada está ligada, por tanto, a la acción restitutoria, a la reivindicatoria y a la de responsabilidad civil que, pese a su distinta finalidad, pueden confluir en su proyección material. Como tendremos la oportunidad de demostrar, la causa del negocio contribuye a la delimitación de estas acciones y, en última instancia, entendida como el propósito o la finalidad que inspiró su configuración (causa de las referidas acciones), constituye su esencia misma, su finalidad.

La nulidad de los negocios jurídicos se deriva de su ilicitud o antijuridicidad (negocio prohibido) y se explica a partir de los límites de la autonomía de la voluntad. Las partes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no resulten contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Cuando se superan estos límites, la nulidad del negocio tiene su origen en un vicio que afecta a su formación (ineficacia estructural), de forma que su apreciación tiene efectos meramente declarativos (ineficacia automática) y, en consecuencia, puede promoverse en cualquier momento (ineficacia definitiva), desde la aparición del vicio (ineficacia originaria o sobrevenida), por cualquiera que tenga interés en hacerla valer (ineficacia absoluta). En estos casos, el alcance de la ineficacia dependerá de intencionalidad -o dolo- de las partes, de modo que cuando actúen con un propósito común ilícito (ilegal y/o inmoral), conociendo y queriendo los elementos del ilícito (causa ilícita), la ineficacia será total y cuando lo hagan sin ese propósito (causa lícita), la ineficacia podrá ser total o parcial.

La acción restitutoria encuentra su fundamento en el cumplimiento por la parte demandante de la obligación nacida del negocio afectado por la causa de nulidad y su finalidad es restablecer el equilibrio económico patrimonial entre las partes. De ahí que, a diferencia de la nulidad, la restitución tenga un carácter subjetivo que se manifiesta en su propia configuración, dependiente de la posible culpa con respecto a la ilicitud causal (culpabilidad). En esta obra se defiende que la restitución requiere analizar si las partes actuaron con un propósito común ilícito, conocido y querido por ambas (causa ilícita) y, de ser así, si prestaron su consentimiento de forma libre (causa torpe). En particular, se afirma que los negocios prohibidos que tienen una causa lícita dan lugar a la aplicación de la regla general de la recíproca restitución de las cosas que se hayan entregado; mientras que aquellos que tienen una causa ilícita niegan la restitución a la parte o a las partes que la hayan consentido libremente (con culpa). Estas reglas condicionan la legitimación, el plazo y el alcance de la acción restitutoria, en atención a la conducta de las partes.

Cuando un negocio prohibido tiene como finalidad abstracta la transmisión de la propiedad de un bien mueble o inmueble, la acción restitutoria (derecho de crédito) puede concurrir con la acción reivindicatoria y la usucapión (derecho de propiedad), circunstancia que puede llegar a excluir la restitución material (sin perjuicio de una posible restitución por valor) en beneficio de la seguridad jurídica del tráfico. La recuperación del dominio –esto es, la finalidad de la reivindicación- depende de la conducta del poseedor, con el consiguiente protagonismo de las reglas relativas a la causa.

Finalmente, la acción de responsabilidad civil, cuya finalidad es el resarcimiento de un daño causado por una conducta antijurídica (negocio o acto) jurídicamente imputable a un determinado sujeto o sujetos, cierra el círculo. Cuando un negocio jurídico causa un daño de estas características, el análisis de la intencionalidad (dolo) y de la culpa se proyecta sobre el resultado dañoso. Una vez analizada la ilicitud del negocio (nulidad) y, en su caso, la culpabilidad de las partes con respecto a la misma (restitución), se examina la intencionalidad y la culpabilidad del infractor en relación con el resultado dañoso que haya producido para la otra parte o para terceros ajenos al mismo (responsabilidad civil contractual y extracontractual).

CAPÍTULO I

LA NULIDAD DE LOS NEGOCIOS PROHIBIDOS: BASES PARA UNA INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA

I. La configuración de la nulidad en el sistema causalista español

El Código Civil español de 1889 (CC)¹ se ocupa de la nulidad de los contratos en el título II de su libro cuarto. Aunque en los últimos años se ha abierto el debate sobre la conveniencia de modernizar el derecho de obligaciones y contratos y, de hecho, existe una Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMDOC), elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación -y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009-, la rica interpretación que la doctrina y la jurisprudencia vienen realizando sobre los artículos relativos a la nulidad de los contratos ha permitido que la norma se haya adaptado -y de hecho siga adaptándose- a los cambios que ha experimentado la realidad socio-económica española.

El Código Civil español se inspira en el *Code Civil* francés (o *Código de Napoleón* de 1804) y, al igual que éste, trata la nulidad en sede contractual y acoge un sistema causalista (la causa es un elemento esencial del contrato), separándose por tanto del BGB alemán de 1900, que toma como referencia el negocio jurídico y responde a un sistema anticausalista (apenas se refiere a la causa de la atribución patrimonial); y del sistema de la *consideration* del *Common Law* que, aunque se apoya en la figura del contrato, se sirve de un concepto de causa económico-formal -la *consideration*- que desnuda la causa. El análisis de las reglas que contiene nuestro código debe realizarse teniendo en cuenta la evolución que han experimentado estos sistemas a lo largo de los últimos siglos.

El sistema causalista francés proyecta la nulidad sobre los contratos. El artículo 1101 del *Code Civil* define esta categoría indicando que: «El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa»². Para que un contrato sea válido, deben concurrir cuatro requisitos (artículo 1108 *Code Civil*): el consentimiento de las partes, su

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 206, de 25 de julio de 1889).

² Article 1101 Code Civil: «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

capacidad (que protege el consentimiento), objeto y causa. La ausencia de estos requisitos o la ilicitud de los dos últimos dará lugar a la nulidad absoluta del contrato. La causa sirve, por tanto, para controlar la justificación y la legalidad de los contratos.

Los pandectistas alemanes trasladaron el proceso de abstracción que había dado lugar a la configuración del contrato en Francia a la categoría más amplia del negocio jurídico, cuya primera manifestación legislativa se sitúa en el «*Allgemeinen Landrecht*» prusiano de 1794 o ALR (si bien este texto no utilizaba el término negocio jurídico sino el de declaración de voluntad)³. Frente al contrato, que evoca una duplicidad de sujetos y tiene como referente el acto de intercambio, el negocio jurídico se configura como una manifestación de la «capacidad natural de la persona de introducir cambios mediante actos de voluntad»⁴, «un acto –o una pluralidad de actos entre sí relacionados, ya sean de una o de varias personas- cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares (...) el medio para la realización de la “autonomía privada” presupuesta en principio por el Código Civil»⁵. La nulidad en el Derecho Civil alemán se regula en la Parte General («*Allgemeiner Teil*») de su Código Civil de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB), como un aspecto más del negocio jurídico. Desde esta perspectiva, la nulidad afecta a los contratos y cualesquiera otros actos de autonomía de la voluntad (testamento, voluntad unilateral y relaciones jurídico-familiares de carácter general); y se admite su aplicación analógica a los actos jurídicos no negociales y cualesquiera otras disposiciones que guarden una relación de semejanza con los primeros⁶. El Derecho Civil alemán no menciona la causa en la teoría del negocio jurídico o en la teoría general del contrato. La única referencia se recoge en el título dedicado al enriquecimiento injusto («*ungerechtfertigte Bereicherung*»). La causa queda «relegada a su significado de justificación del paso de bienes de un patrimonio a otro» (“*causa transmissionis*”)⁷; es la «causa de una atribución patrimonial genéricamente entendida o, más estrictamente, de un negocio jurídico de atribución patrimonial»⁸. En el sistema anticausalista alemán las causas de nulidad están relacionadas con la actuación negocial

³ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, 1998, título original de la obra, FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlin Heidelberg New York, 1992, pp. 56-57.

⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl, *Sistema de diritto romano attuale*, trad. It., III, Torino, 1900, p. 337

⁵ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte general*, ed. Revista de Derecho privado, 1978, traduc. MACÍAS PICAUEA, Miguel de la edición original alemana LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., C. H. Beck´sche de Munich, 1975, p. 422. Sobre el concepto de negocio jurídico, vid. ampliamente FLUME, *El negocio jurídico*, pp. 48-62.

⁶ ARMBRÜSTER, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 134 –Sittenwidrigkeit; Wucher], 2006, citado por INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 7.

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 175.

⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 269. Vid. ampliamente, FLUME, *El negocio jurídico*, pp. 193-226.

(por ejemplo, la incapacidad de obrar -§ 105-, reserva mental conocida -§ 116.2-, negocio simulado -§ 117-, declaración en broma -§ 118-, o la nulidad a causa de la impugnación por error -§ 119-, intimidación o engaño doloso -§ 123-), con la competencia para llevar a cabo el negocio (actuación de un sujeto que tiene limitada su capacidad de obrar, de representante sin poder de representación, disposición de quien no es titular, o falta de aprobación de una determinada autoridad cuando ésta sea necesaria); en consideración al acto negocial (requisitos formales); o al contenido del negocio (cuando la reglamentación no respeta una prohibición -§ 134-, es contraria a las buenas costumbres -§ 138-, el contrato se dirige a una prestación imposible -§ 306-, o el negocio jurídico establece una relación jurídica que no es posible para el ordenamiento jurídico)⁹.

A diferencia de los anteriores, el sistema de la *consideration* del *Common Law*¹⁰ se instrumenta a partir de un «derecho de casos» («*case law*») en el que los precedentes judiciales tienen fuerza vinculante¹¹. No existe una teoría general en materia de obligaciones y contratos y, aunque se han ido estableciendo reglas unitarias en materia contractual, tampoco hay una norma o fórmula general que establezca que debe entenderse por contrato ilícito («*illegality*»)¹². El fundamento de la nulidad se encuentra en la falta de consentimiento («*consent*»), capacidad («*capacity*»), forma («*form*») o causa económico-formal («*consideration*»)¹³. El *Common Law* no se basa en la máxima *pacta sunt servanda* conforme a la cual los acuerdos de voluntades son jurídicamente obligatorios. Para que una promesa o prestación sea eficaz es necesario que a cambio de ella se ofrezca una contraprestación que la ley reconozca como apreciable («*valuable consideration*») o se realice una forma legalmente determinada (por ejemplo, «*Under seal*»). El requisito de la *consideration* aparece en los contratos puramente consensuales y, a diferencia de la causa, ni sirve para valorar la ilegalidad o la inmoralidad del contrato, ni admite que la obligación moral sea causa suficiente (tiene que haber un *quid pro quo*). Simplemente se limita a comprobar la intención de las partes de obligarse

⁹ FLUME, *El negocio jurídico*, pp. 644-645.

¹⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Los contratos ilegales en el Common Law», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fasc. 1, 2002, pp. 115-162, prefiere esta denominación frente a otras como English Law o Derecho inglés (que se extendería exclusivamente a Inglaterra y Gales, por lo que no incluiría toda Gran Bretaña o Reino Unido ni muchos menos a los países de la *Common Wealth*) o Derecho anglosajón (que en sentido estricto se refiere al derecho consuetudinario primitivo que existió en Inglaterra desde el siglo V hasta el año 1066 d. C.).

¹¹ Sobre el sistema del *Common Law*, vid. HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, The Belknap press of Harvard University press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 2009.

¹² En el *Consultation Paper* nº 154 de la «*Law Commission*» inglesa sobre «*Illegal Transactions: The Effect of Illegality on Contracts and Trust*», de 1999, propone la siguiente definición: «*[a]ny transaction which involves (in its formation, purpose or performance) the commission of a legal wrong (other than the mere breach of the transaction in question) or conduct which is otherwise contrary to public policy*».

¹³ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», pp. 143-144.

(función formal), sin que sea necesario que exista proporcionalidad o conmutatividad en las obligaciones recíprocas que asumen¹⁴.

En los últimos años se ha consolidado el sistema anticausalista alemán. Si dejamos a un lado el *Codice Civile* italiano de 1942, aplicable a las obligaciones y a los contratos civiles y mercantiles, que hace del contrato la categoría dominante y recoge entre sus requisitos el consentimiento de las partes, la causa, el objeto y la forma, siendo fuente de nulidad la ausencia de estos requisitos, la ilicitud de la causa, del objeto o de los motivos (artículo 1418.2 en relación con el artículo 1325 *Codice Civile*) o la contravención de normas imperativas (artículo 1418.1 *Codice Civile*);¹⁵ lo cierto es que se está produciendo un progresivo abandono de la causa. Tanto el Código Civil portugués de 1966¹⁶, como la reforma que se llevó a cabo en 1992 del Código Civil Holandés (*Burgerlijk Wetboek* o NBW) de 1838, se sitúan en la línea del BGB alemán¹⁷. De hecho, dos de los tres últimos proyectos de reforma del Derecho de Obligaciones en Francia tienen un marcado contenido anticausal (el *Proyecto Terré*¹⁸ y el *Proyecto de la Cancillería*¹⁹). Sólo se mantiene al margen el *Anteproyecto Catalá*²⁰.

Los principales proyectos académicos que se han elaborado en el seno de la UE, esto es, los *Principles of European Contract Law* (PECL)²¹ y el *Draft Common Frame*

¹⁴ Sobre la *consideration*, vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», pp. 136-139, 143; DELL'AQUILA, Enrico, *El contrato en Derecho inglés (aspectos de derecho comparado), Elementos del contrato y vicios de la voluntad*, PPU, Barcelona, 2001, pp. 72 y 84-85; y DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 174.

¹⁵ Vid. GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 252-257; e *Il contratto*, Seconda edizione, Cedam, Milano, 2011, pp. 288-289.

¹⁶ *Decreto-Lei n° 47344/66, de 25 de Novembro (Código Civil)*. Vid. HORSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 134.

¹⁷ Vid. HARTKAMP, Arthur S. y TILLEMA, Marianne M., *Contract Law in Netherlands*, Kluwer International, The Hague-London-Boston, 1995.

¹⁸ El *Proyecto Terré* suprime la causa desplazando el control de la justificación del acuerdo y de su legalidad al contenido del contrato (la función de la causa se sustituye por otros elementos como el control ofrecido por el orden público o las buenas costumbres). En este sentido, el artículo 59.1 del *Proyecto Terré* dispone: «*Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, ni par son contenu ni par son but que ce dernier aité té connu, ou non, par toutes les parties*».

¹⁹ El *Proyecto de la Cancillería*, presentado en 2009 como Anteproyecto del Ministerio de Justicia francés que se limita al Derecho de contratos, se completó con una segunda parte de 9 de mayo de 2011 («*Project de reforme du Regime des obligations et des quasi contrats*», disponible en http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf), relativa al Derecho de Obligaciones, cuasicontratos y enriquecimiento injusto, que excluye la causa de los requisitos de validez contractual (el consentimiento, la capacidad de las partes, el contenido y la licitud del contrato). No obstante, parece incluirla en su artículo 85 al exigir que cada parte posea un interés en el contrato que justifique el acuerdo («*Chaque partie doit avoir un intérêt au contrat qui justifie son engagement*»).

²⁰ El *Anteproyecto Catalá*, de 2005 mantiene la causa como elemento esencial del contrato (artículos 1124 a 1126-I). El Anteproyecto de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción se puede consultar en la página www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

²¹ LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, Parts I, II and III, Kluwer Law International, 2000.

of Reference (DCFR)²², también parten de una concepción anticausal de los contratos. En ambos casos se argumenta que la imposibilidad de conciliar la causa (sistema causalista) y la *consideration* (sistema del *Common law*)²³; y la idea de que la causa es un concepto equívoco e inútil y que aun sin ella se pueden obtener los mismos resultados que se derivan de su valoración²⁴, redundan en beneficio del sistema anticausalista.

En las codificaciones contemporáneas prevalece la valoración de la conducta o el resultado ilícito (contrato o negocio prohibido o ilícito) sobre el propósito que haya guiado la actuación de las partes (causa lícita o ilícita). En contra de este planteamiento, en esta obra se defiende la importancia de la causa como elemento vertebrador de los contratos y/o de los negocios jurídicos. A nuestro parecer, siempre hay que preguntarse el porqué de las cosas. Todo contrato o negocio tiene un propósito y, cuando este es ilícito, hay que valorar si las partes lo conocían y querían (dolo, intencionalidad) y, en su caso, si lo consintieron libremente (culpa).

El Código Civil español y la PMDOC permiten y justifican esta defensa de la causa. En estos textos se acoge el contrato como categoría principal -sin recurrir a la figura del negocio jurídico- y se mantiene la causa como elemento esencial del mismo (en el Código Civil) y/o -al menos- como elemento de control del propósito de las partes (en el Código Civil y en la PMDOC).

En primer lugar, con respecto a la figura del contrato, la doctrina española ha sabido dar amplitud a esta categoría sin necesidad de introducir cambios en la norma para incorporar el concepto de negocio jurídico. Aunque nuestro Código no contiene ninguna referencia a la teoría del negocio (a diferencia del BGB, del NBW o del Código civil portugués)²⁵, la doctrina acoge esta figura reconociendo la aplicación analógica de

²² *The Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Full Edition, Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), Sellier, Muenchen 2009. En julio de 2001 la Comisión Europea publicó una Comunicación (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on European Contract Law*, Brussels, 11.07.2001, COM [2001] 398 final) con la intención de abrir el debate sobre el Derecho contractual europeo. En febrero de 2003 –y a la vista de las respuestas obtenidas- la Comisión publicó un Plan de Acción (*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council «A More Coherent European Contract Law. An Action Plan»* 12.2.2003 COM [2003] 68 final) en el que se proponía elaborar una herramienta que permitiese crear una mayor convergencia en la materia, un «Marco Común de Referencia». Mediante una subvención del VI Programa Marco de Investigación, la Comisión financió y siguió la labor de una red académica internacional que llevó a cabo una investigación preparatoria del MCR. La investigación terminó en 2008 y dio lugar a la publicación del DCFR.

²³ LUNA SERRANO, Agustín, «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, nº 2, 2010, pp. 140-148, en p. 141.

²⁴ LUNA SERRANO, «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato», p. 142, recoge estos argumentos.

²⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, vol. I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001. p. 461.

las reglas previstas para los contratos a otros supuestos en los que opera la autonomía de la voluntad. La recepción del concepto de negocio jurídico previsto en el BGB, como categoría abstracta comprensiva de figuras como el contrato, el matrimonio, o el testamento, que constituyen declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos, ha tenido buena acogida en el sistema causalista español. Al igual que ha sucedido en el sistema causalista italiano, el negocio jurídico se configura en España como «una mezcla de la declaración abstracta alemana y del contrato causal francés, y termina produciendo una suerte de conciliación de ambos»²⁶.

El Código Civil español no contiene un artículo que permita expresamente la extensión de las reglas sobre contratos a los demás supuestos de autonomía privada (como sucede en el *Codice Civile* italiano)²⁷. No obstante, la doctrina española establece la relación entre el Derecho contractual y el resto de obligaciones civiles a partir del artículo 1090 CC, que establece que las obligaciones derivadas de la ley «se regirán por los preceptos de la ley que las hubiera establecido, y en lo que ésta no hubiera previsto, por las disposiciones del presente libro», esto es, el Libro Cuarto, que se ocupa de los contratos en su título II. Con carácter general, se considera que esta regla (aplicable a las obligaciones impuestas por la ley) también rige para las obligaciones nacidas de declaraciones de voluntad que no se incorporan en un contrato²⁸, si bien las categorías y los efectos previstos para la nulidad contractual no podrán aplicarse de forma uniforme a todos los negocios jurídicos (por ejemplo, al testamento o al matrimonio)²⁹.

El negocio jurídico se define por la doctrina –a falta de referencias en el Código Civil español– como una «declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos»³⁰; o «un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica»³¹.

²⁶ GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 35-55, en particular, en p. 54.

²⁷ Art. 1324. *Norme applicabili agli atti unilaterali*: «Salvo diverse disposizioni di legge le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale». DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 22, lo traduce del siguiente modo: «Salvo disposiciones distintas de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial».

²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 22.

²⁹ Por todos, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 23-24.

³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 34.

³¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 91. A partir de esta definición, GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, *Derecho Mercantil de Obligaciones*, t. I y II Bosch, Barcelona, 2010, pp. 479-480, lo define como «un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola; estableciendo la norma de conducta que han de observar o el precepto por el que deben regirse los derechos y obligaciones que, en virtud de la relación, pudiera recaer en las partes».

La figura del contrato se regula en el título II del Libro Cuarto del Código Civil (artículos 1254-1314), en sede de obligaciones y contratos. El artículo 1089 CC lo enumera entre las fuentes de las obligaciones; el artículo 1091 afirma que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes»; y el artículo 1254 CC establece que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio»³². A tenor de lo dispuesto en los artículos 1089 y 1254 CC, se define en sentido amplio como «un acuerdo de voluntades de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)»³³; y, de forma más restrictiva, con el fin de buscar un régimen jurídico unitario, como el «negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»³⁴. La primera definición incluye los contratos bilaterales y plurilaterales, esto es, contratos que crean obligaciones recíprocas entre las partes y contratos en los que éstas persiguen un mismo fin común (concepto equiparable al negocio jurídico); mientras que la segunda comprende la única categoría que tiene un régimen jurídico unitario en nuestro Derecho privado, los contratos bilaterales de carácter patrimonial³⁵ (el concepto de contrato, en sentido estricto).

En segundo lugar, la redacción vigente del Código Civil consagra la causa como elemento esencial del contrato (artículo 1261 CC, en relación con los artículos 1274 y ss. CC). La nulidad puede tener su origen en la falta de consentimiento, objeto o causa del contrato (artículo 1261 CC), la indeterminación absoluta de su objeto (artículo 1273 CC) o su ilicitud (artículos 1271 CC), la ilicitud de su causa (artículos 1275 CC), la expresión de una causa falsa (artículo 1276 CC) o, con carácter general, la realización de un acto que sea contrario a una norma imperativa o prohibitiva (artículo 6.3 CC) o de un pacto, cláusula o condición que traspase los límites de la autonomía privada, esto es, la ley, la moral y el orden público (artículos 1255 CC). A diferencia del Código Civil, la PMDOC no exige que junto al consentimiento concurra el objeto y la causa para que se perfeccione el contrato (no recoge una relación con los requisitos de este último). No obstante, su artículo 1238.1 dispone que: «Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral». Por lo tanto, sigue analizando la causa del contrato.

³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Los contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, 9ª ed., quinta reimpresión, Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

³³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 133.

³⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 29. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 91.

³⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 167-168.

1. La nulidad de los negocios jurídicos

La nulidad de los negocios jurídicos se configura a partir de la relación entre la invalidez (ilicitud del negocio) y la ineficacia (eliminación de los efectos jurídicos del negocio); y en contraposición con la invalidez y la ineficacia de los negocios anulables.

1.1. La relación entre la invalidez y la ineficacia

Un negocio no es ineficaz porque no produzca efectos, sino porque el ordenamiento jurídico prevé que no debe producirlos o, al menos, no los queridos por el autor o las partes del mismo: la ineficacia determina la eliminación total o parcial de los efectos jurídicos del negocio. Con carácter general, la doctrina española sostiene –de forma parecida a la italiana y a la portuguesa³⁶– que la ineficacia en sentido amplio comprende dos especies: 1º) la invalidez, o «ineficacia por invalidez del negocio» (o de una parte de éste); y 2º) la ineficacia en sentido estricto, o «ineficacia sin invalidez o por causa distinta de la invalidez del negocio»³⁷.

En el primer caso, la invalidez tiene su origen en una «irregularidad intrínseca o estructural del supuesto de hecho negocial», que puede deberse a que le falte alguno de

³⁶ En Italia, GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, p. 332 sostiene que «el contrato inválido es también ineficaz», en términos similares. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, p. 405, señala sobre la distinción entre invalidez e ineficacia, que la invalidez es «aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo (...) que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica (...)» y es, conjuntamente, «la sanción del deber impuesto a la autonomía privada de utilizar medios adecuados para la consecución de sus fines propios»; en cambio, la simple ineficacia afecta al negocio «en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él». En Portugal, HORSTER, *A parte Geral do Código civil português*, pp. 516-517, afirma que la ineficacia en sentido amplio comprende: la invalidez, que procede de factores internos a la formación del contrato (nulidad o anulabilidad) que dan lugar a una ineficacia indirecta; y la ineficacia en sentido estricto, que resulta de factores situados en un nivel externo (condición, término, imposibilidad, ausencia de ratificación, etc.). En Alemania, se separa parcialmente de este esquema, FLUME, *El negocio jurídico*, p. 654-655, que distingue entre negocios ineficaces, nulos y anulables: 1º) son ineficaces aquellos negocios que aún pueden surtir efectos, pero para ello hace falta la declaración de un tercero o de una autoridad; 2º) son nulos los que no pueden surtir efecto desde el principio (nulidad inicial) o a partir de un determinado momento (nulidad sobrevinida), si bien el Código también utiliza en ocasiones el término ineficaz; y 3º) los negocios jurídicos anulables son válidos hasta que la impugnación tenga lugar, a partir de este momento devienen nulos desde el principio.

³⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995, pp. 18-20. En un sentido parecido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Zaragoza, 2005, pp. 15 y ss. Vid. también OTERMANN, Paul Ernest Wilhelm, «Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos», *Revista de Derecho Privado*, Reus, Madrid, marzo, 1929, p. 65; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 3ª ed., revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Dykinson, Madrid, 2003, p. 538; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 18ª ed., Edisofer, Madrid, 2009, pp. 773 y ss.; y DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 467 y ss. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 555, señala, no obstante, que «la acuñación de una terminología tiene siempre mucho de arbitrario, por lo que a la alternativa invalidez-ineficacia no es posible darle una respuesta categórica».

sus elementos o presupuestos esenciales (negocio defectuoso), esté viciado en algunos de los mismos (negocio viciado), o infrinja el ordenamiento jurídico (negocio prohibido)³⁸. Los negocios jurídicos inválidos no se adecuan a las normas que los regulan y pueden ser ineficaces (nulos) o presentar anomalías en su eficacia (anulabilidad).

En segundo lugar, los negocios válidos –y por tanto, jurídicamente vinculantes– pueden ser ineficaces (ineficacia en sentido estricto) por causas extrínsecas a ellos, originarias o sobrevenidas, queridas o no por los contratantes. Este sería el caso, por ejemplo, de la rescisión (artículos 1290 y ss. CC), la revocación (artículos 644, 737, 1594 y 1732 CC), la resolución (artículo 1124 CC), la no verificación de la *conditio iuris* o requisito legal de eficacia (artículos 1334 y 1342 CC), el incumplimiento de la condición suspensiva, el cumplimiento de la resolutoria o la llegada del plazo final, la venta de cosa ajena, los negocios imperfectos o incompletos (artículos 1259.II y 271 y 272 CC) y el negocio válido al tiempo de la celebración que deviene ineficaz por el establecimiento de una prohibición legal aparecida con posterioridad³⁹.

1.2. La distinción entre la nulidad y la anulabilidad

Aunque el Código Civil español emplea el término nulidad en un sentido muy amplio que incluye también la anulabilidad, cabe diferenciar dos supuestos típicos de invalidez negocial: 1º) la nulidad de pleno derecho, que puede tener su origen en la falta de consentimiento, objeto o causa del negocio (artículo 1261 CC, que algunos autores vinculan a la categoría de la inexistencia⁴⁰), la indeterminación absoluta de su objeto

³⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 19-20.

³⁹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, p. 20. Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 15 y ss.

⁴⁰ Sobre la relación entre nulidad e inexistencia, vid. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 42-47; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes, *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 93-100; GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil I. Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 398; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, t. I. Parte General*, Edersa, Madrid, 2002, p. 478; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 102; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977, p. 26; y LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 454, que, con carácter general, ponen de manifiesto que aunque se considere que la segunda constituye una categoría independiente de la primera produce los mismos efectos. Resulta destacable el replanteamiento del concepto que realiza GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil*, t. 1., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 957-960 y 970, que defiende que la inexistencia «hace referencia a una situación del supuesto de hecho atendida a consideraciones sobre su calificación o valoración estructural»; mientras que los regímenes de ineficacia «se configuran históricamente y se diferencian atendiendo a consideraciones funcionales: al servicio de la imperatividad legal *bono público*, la nulidad; al servicio del interés privado, la anulabilidad». En consecuencia, algunos supuestos de inexistencia «encajan perfectamente en el tratamiento de la nulidad; otros se adaptan al de la anulabilidad; algún otro tiene legalmente previsto régimen específico y singular; finalmente, en ocasiones, el

(artículo 1273 CC) o su ilicitud (artículos 1271 CC), la ilicitud de su causa (artículos 1275, 1305 y 1306 CC), la expresión de una causa falsa (artículo 1276 CC) o, con carácter general, la realización de un acto que sea contrario a una norma imperativa o prohibitiva (artículo 6.3 CC) o de un pacto, cláusula o condición que traspase los límites de la autonomía privada (entendida esta última como «el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo»; o si se prefiere «el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte»)⁴¹, esto es, la ley, la moral y el orden público (artículos 1255 CC); y 2º) la anulabilidad, que se puede apreciar, entre otros casos, en supuestos de vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación o falsedad de la causa), incapacidad y falta de consentimiento -cuando éste es necesario- del cónyuge de quien contrató (artículos 1300 a 1314 CC)⁴².

legislador... adopta medidas y ofrece criterios para evitar la inexistencia, y con ella la ineficacia que de la misma debería seguirse».

⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 369.

⁴² En Francia, la nulidad del contrato es absoluta cuando se ve afectado el interés general. Esto es, cuando falta el consentimiento, el objeto o la causa (supuesto que algunos autores califican como inexistencia); no se han observado los requisitos de forma exigidos para la validez de determinados contratos solemnes; por ilicitud o ausencia de objeto del contrato; o porque éste tenga una causa ilícita (artículos 1131 a 1133 *Code Civil*). La nulidad del contrato es relativa (anulabilidad) cuando se ven afectados intereses particulares. Esto es lo que sucede cuando concurre un vicio en el consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación). Vid. en este sentido, MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, pp. 333-334. En Alemania las causas de nulidad están relacionadas con la actuación negocial (por ejemplo, la incapacidad de obrar -§ 105-, reserva mental conocida -§ 116.2-, negocio simulado -§ 117-, declaración en broma -§ 118-, o la nulidad a causa de la impugnación por error -§ 119-, intimidación o engaño doloso -§ 123-), con la competencia para llevar a cabo el negocio (actuación de un sujeto que tiene limitada su capacidad de obrar, de representante sin poder de representación, disposición de quien no es titular, o falta de aprobación de una determinada autoridad cuando ésta sea necesaria); en consideración al acto negocial (requisitos formales); o al contenido del negocio (cuando la reglamentación no respeta una prohibición -§ 134-, es contraria a las buenas costumbres -§ 138-, el contrato se dirige a una prestación imposible -§ 306-, o el negocio jurídico establece una relación jurídica que no es posible para el ordenamiento jurídico). La anulabilidad afecta a los supuestos de error, intimidación y dolo (§ 142.I). La esencia de la anulabilidad (o nulidad en situación de pendencia) consiste en que al legitimado para impugnar le corresponde decidir sobre la validez del negocio. El negocio es válido cuando no se impugna su validez y cuando es confirmado por quien está legitimado para impugnarlo. Si el negocio anulable es impugnado, ha de considerarse como si hubiera sido nulo desde el principio (§ 142.I BGB). Vid. FLUME, *El negocio jurídico*, pp. 644-664. En Italia, BETTI, *Teoría General del negocio jurídico*, pp. 405 y 410, señala que los negocios pueden ser nulos o anulables en función del grado de invalidez que tengan: son nulos cuando adolecen de algún elemento esencial; y anulables cuando aun teniendo todos los elementos esenciales del tipo pueden dejarse sin efecto, como si nunca hubieran existido. La nulidad puede producirse por contravención de normas imperativas (artículo 1418.1 *Codice Civile*); por falta de los requisitos del contrato, esto es, falta de consentimiento de las partes o de la causa o del objeto o de la forma, o por ilicitud del objeto, de la causa o de los motivos (artículo 1418.2, en relación con el artículo 1325 *Codice Civile*). Entre las causas de anulabilidad se incluyen los supuestos expresamente previstos en una norma imperativa; la incapacidad legal o natural para contratar; y los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia moral). Vid. también GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 257 y 287-288. En el caso del DCFR y de los PECL, INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 40-41, ponen de manifiesto que estos documentos utilizan términos distintos para determinar los efectos de la infracción en el contrato: el DCFR emplea un concepto clásico, nulidad («nullity»), que podrá ser total o parcial; y los PECL acuden a la ineficacia («is of no effect») que, señalan, podrá ser total o parcial.

La ineficacia de los negocios nulos presenta las siguientes características: 1º) es estructural, el supuesto negocial adolece de una anomalía o irregularidad intrínseca que afecta a su formación; 2º) opera de forma automática, no precisa declaración judicial ni una previa impugnación del negocio, sólo habrá que solicitar la intervención judicial ante la resistencia de quien sostenga la validez del negocio prohibido; 3º) es absoluta, por lo que podrá ejercitar la acción declarativa de la nulidad cualquier interesado o, de oficio, al propio juez que conozca el asunto; 4º) es originaria, el vicio se encuentra en la propia constitución del negocio y desde ese momento impide su validez, de modo que si el negocio ha producido efectos habrá que devolver las cosas a su estado anterior (no obstante, puede ser sobrevenida por mandato de ley o por un cambio de norma); 5º) es definitiva, la acción no prescribe ni caduca y no es posible la confirmación ni ninguna forma de convalidación o subsanación; y 6º) puede ser total y, en algunos casos, parcial.

La ineficacia de los negocios anulables comparte la mayoría de estas características, pero se diferencia de la nulidad en que es relativa, por lo que sólo podrán exigir la anulación o impugnación ciertas personas⁴³; y, aunque es imprescriptible, admite confirmación (no es definitiva)⁴⁴. Un sector de nuestra doctrina sostiene que el contrato (o negocio) anulable es inicialmente eficaz, si bien con eficacia claudicante⁴⁵ (la ineficacia no sería originaria). No obstante, la doctrina mayoritaria considera que el contrato (o negocio) anulable es inválido desde el inicio o que tiene una invalidez latente⁴⁶. Por nuestra parte entendemos que tanto los negocios nulos como los anulables son inválidos y deben ser ineficaces desde el momento en que se origina la irregularidad. Esto no impide que un negocio pueda ser inicialmente válido pero posteriormente se convierta en inválido (la invalidez sería posterior a la celebración, por

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 54-60. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 168, ha insistido en el criterio del mecanismo para hacer valer la ineficacia como elemento diferenciador de la nulidad y de la anulabilidad.

⁴⁴ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 22-43, recoge esta clasificación. En un sentido parecido, GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Enciclopedia Jurídica Básica*, voz «Nulidad», vol. III, Civitas, Madrid, 1995, pp. 4460 y ss., caracteriza la ineficacia de los negocios nulos como automática (producida directamente por la ley); originaria (desde la celebración del contrato); estructural (defecto de algún elemento estructural); absoluta (legitimación de cualquiera que esté interesado en ella); e insanable (no admite confirmación). En Italia, vid. GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 316-317 e *Il contratto*, pp. 351-353.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, José Luis, «La nulidad de los actos jurídicos», *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, 1983, p. 515; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 566-567; DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general Obligaciones y contratos, Civitas, Madrid, 1988, p. 426; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. I, Introducción y Parte general, vol. 2º, Teoría de la relación jurídica, reimpresión de la 14ª ed. revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, José Luis, Reus, Madrid, 1987, p. 944; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 40; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, pp. 30 y 38-39.

⁴⁶ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 54; DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 498 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II*, p. 540; SERRANO ALONSO, Eduardo, *La Confirmación de los Negocios Jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 19 y 33; EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 49; y CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 142-143.

lo que la ineficacia sería sobrevenida); o que, siendo inválido, produzca efectos materiales entre las partes que deban deshacerse por medio de la acción restitutoria.

De acuerdo con este planteamiento, la nulidad –el supuesto de hecho que nos ocupa- tiene su origen en una irregularidad intrínseca o estructural del contrato o negocio. Solamente quedaría por determinar la relación entre el origen y el fundamento de la nulidad.

A lo largo de los años se han planteado distintas teorías sobre el fundamento de la nulidad. En primer lugar, se ha situado en el «estado del acto», equiparándolo a un organismo vivo: cuando falta una condición de existencia se considera que el acto no ha existido jamás y es nulo; y cuando adolece de una condición de validez o de un simple vicio en una condición de existencia, se afirma que está enfermo o impedido y es anulable. Esta construcción doctrinal es artificiosa e incongruente (el paso del tiempo podría dar vida a la nada), de ahí que ya no se acuda a ella. En segundo lugar, se ha configurado como un «derecho de crítica» dirigido contra los efectos del acto que sanciona la violación de la norma legal. En contra de esta tesis se argumenta que el referido derecho no sería más que un medio procesal para aplicar la nulidad (cuando el carácter sustancial de la sanción reside en la desaparición de los efectos jurídicos del acto). En tercer lugar, se ha querido encontrar el fundamento de la nulidad en una manifestación de responsabilidad, una pena o una forma de reparación, planteamiento que limitaría la nulidad a aquellos casos que supongan la existencia de culpa y afectaría sus efectos *erga omnes*⁴⁷. Finalmente, en los últimos años se ha sustentado en «la violación de la ley objetiva que gobierna la formación del contrato»⁴⁸, o si se prefiere, en «un vicio que mancha el acto de ilicitud, constituyendo la violación de una norma imperativa relativa a la celebración del contrato»⁴⁹, limitando su esencia al contenido de una norma imperativa.

A nuestro parecer, el fundamento legal de la nulidad se encuentra en las normas imperativas relativas a la celebración del contrato. No obstante, si vamos más allá de estas normas y descendemos hasta su origen observamos que -en última instancia- es una garantía de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos que forman parte de una determinada comunidad (al menos en los Estados democráticos). El fundamento natural de la nulidad se hallaría en la vulneración de los límites a los que se sujeta la autonomía de la voluntad, esto es, las leyes que se deriven de la voluntad de la comunidad, la moral y el orden público (expresamente reconocidos en el ámbito de la autonomía privada en el artículo 1255 CC).

⁴⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 329-360

⁴⁸ GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, trad. DE GUSTAVO DE GREIFF, Universidad de Externado, Colombia, 2010, p. 351.

⁴⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 597-598.

2. La nulidad de los actos jurídicos que no tienen una naturaleza negocial

La nulidad se proyecta sobre todos los actos jurídicos: se aplica a la figura del contrato («negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»⁵⁰), al negocio jurídico («acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica»⁵¹) o, en sentido amplio, a los actos o declaraciones de voluntad («declaraciones dirigidas a obtener alguna consecuencia o implantar o establecer algo»)⁵², en consonancia con las reglas generales previstas en sede contractual, en el Título II («De los contratos») del Código civil⁵³; pero también incide sobre los actos jurídicos de cualquier otra especie, como los actos de comportamiento («La persona no se dirige a otra u otras ni se comunica con ellas, sino que se limita a hacer algo por sí misma»)⁵⁴ y los actos o declaraciones de conocimiento («el declarante trata únicamente de hacer saber o de hacer conocer al destinatario un juicio u opinión, una creencia o un suceso»)⁵⁵.

El artículo 6.3 CC, situado en el Capítulo III («Eficacia general de las normas jurídicas») del Título Preliminar del Código Civil, establece que «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». De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, los actos de comportamiento y los de comunicación (entre los que se incluyen los actos o declaraciones de conocimiento y de voluntad) que infringen una norma imperativa y prohibitiva son nulos de pleno derecho y, por tanto, ineficaces (procede declarar su ilicitud y ordenar su cese), salvo que la propia norma disponga lo contrario.

El régimen jurídico aplicable a la nulidad se desarrolla de forma específica en materia de obligaciones y contratos, con el fin de establecer reglas generales que permitan configurar el control de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes previstos en el artículo 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos,

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 133.

⁵¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 91.

⁵² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 201. En Francia, MAZEAUD, Henri y MAZEAUD León, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, vol. I, Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral, EJEA, Buenos Aires, 1978, p. 65, señala que «El acto jurídico es toda manifestación de voluntad que tenga por fin producir un efecto jurídico», y puede consistir en un «acto unilateral» o en «un acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto de interés jurídico» («convención»). Para estos autores «el contrato es una especie particular de convención».

⁵³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 22.

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 201.

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 201.

cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

El artículo 6.3 CC protege la supremacía de la ordenación legal (normas imperativas y prohibitivas) frente a la autonomía privada; y el artículo 1255 CC, establece los límites institucionales a los que se sujeta la referida autonomía -esto es, la ley, la moral y el orden público-, como proyección en el ámbito privado de la autonomía de la voluntad.

Dentro de la autonomía privada cabe diferenciar dos acepciones: 1º) en sentido estricto, es el «poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas»; y 2º) en sentido amplio, incluye esta primera acepción y, además, el «poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos»⁵⁶. Nuestra mejor doctrina considera que la autonomía privada no es fuente de normas jurídicas si por norma jurídica entendemos «el mandato con eficacia social organizadora o con significado social primario»⁵⁷. Sin embargo, si nos referimos a la autonomía de la voluntad -autonomía privada en sentido amplio- como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas, entendemos que debe afirmarse lo contrario. Entre la norma creada por el legislador, por la autoridad administrativa o por las partes de un negocio jurídico sólo hay una diferencia de grado⁵⁸.

Aunque pueda argumentarse lo contrario, en una sociedad democrática (como la nuestra) las leyes son fruto, en última instancia, de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos (poder) expresada por sus representantes que, en ausencia de norma imperativa o prohibitiva, deben guiarse (influir y dejarse influir) por la moral social («el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad»⁵⁹ o, si se prefiere, «lo que ordinariamente practica la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento»⁶⁰) y el orden público (o «principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas»⁶¹). La proyección

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 12.

⁵⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, pp. 369-370.

⁵⁸ Vid., Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, S.A., México, 1995, pp. 285-286.

⁵⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 156, cita en este sentido a DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 296. La doctrina suele caracterizar la moral en alusión a las buenas costumbres, reflejando la variabilidad de la valoración moral. Vid. también: VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Determinación del contenido del contrato: presupuesto y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 85 y ss.; y SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 136-137.

⁶⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 373.

⁶¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, pp. 373-374, que cita en este mismo sentido a DE CASTRO Y BRAVO.

privada de este planteamiento –sobre los miembros de la sociedad- implica que cuando un acto o declaración de voluntad resulta contrario a las leyes, la moral o el orden público, contraviene lo dispuesto en la regla imperativa-prohibitiva que se recoge en el artículo 1255 CC y, en consecuencia, es nulo de pleno derecho (artículo 6.3 CC). De este modo, la autonomía privada resultante de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos tiene como límite la propia ley que éstos se han otorgado.

La relación entre estos preceptos permite diferenciar dos tipos de actos jurídicos: por un lado, los contratos y los negocios jurídicos (y en un sentido muy amplio, los actos o declaraciones de voluntad), en los que el autor o los autores autorregulan sus propios intereses y establecen una norma vinculante para su satisfacción, que se sujetan a las reglas imperativas previstas en el Título II del Libro Cuarto de nuestro Código Civil para la eliminación de sus efectos jurídicos (ineficacia: restauración de la legalidad y desaparición de efectos jurídicos) y materiales (restitución: restablecimiento del equilibrio económico entre las partes)⁶²; y por otro, los actos jurídicos en sentido estricto, cuyo contenido está predeterminado por la ley y la eliminación de sus efectos se sujeta al supuesto de hecho concreto previsto en la norma (carecen de contenido normativo⁶³).

En nuestro caso, analizaremos las reglas generales aplicables a la nulidad de los negocios prohibidos y su consiguiente ineficacia.

II. El fundamento legal de la nulidad de los negocios prohibidos: la importancia de la causa

El fundamento legal de la nulidad varía según el sistema de Derecho privado que resulte aplicable: 1º) en los sistemas anticausalistas se sitúa en un vicio externo a la relación negocial que deriva de la infracción de los límites impuestos a la autonomía de privada (ley, moral, orden público); 2º) en los sistemas causalistas más puros se asienta en un vicio intrínseco a la propia relación jurídica, su causa lícita; y 3º) finalmente, en los sistemas causalistas mixtos –como el español- se acogen ambas soluciones.

En el sistema anticausalista alemán la nulidad de los negocios contrarios a una norma imperativa («*gesetzliches Verbot*») se articula a partir del § 134 BGB⁶⁴; y la de

⁶² Vid., en la doctrina francesa, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 350-360, 370-371 y 596.

⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 463.

⁶⁴ § 134 *Gesetzliches Verbot*: «*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*». LÓPEZ CASAL, Yuri, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», *Revista Judicial*, n° 105, Costa Rica, 2012, pp. 1-12, en p. 1, lo

los negocios contrarios a las buenas costumbres («*gute Sitten*») se rige por lo dispuesto en el § 138 BGB⁶⁵. El § 134 BGB declara la ineficacia de los negocios que infrinjan una prohibición legal si no se infiere otro efecto distinto de la misma. Un negocio estará prohibido cuando, aun siendo conforme con el ordenamiento jurídico, no pueda realizarse en un caso particular por su contenido, porque produzca un resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico o en atención a las circunstancias particulares que afectan a su celebración⁶⁶. El § 138 BGB recoge una norma general relativa a la contrariedad de las buenas costumbres. Para delimitar el concepto de buenas costumbres la doctrina y la jurisprudencia alemana suelen referirse al «sentido del decoro de todos los que piensan con equidad y justicia»⁶⁷, aunque también se vincula a «los preceptos de la moral», «la moral predominante», «el orden público», etc.⁶⁸ El Derecho alemán toma como referencia la inmoralidad del negocio jurídico (con independencia de cuál haya sido su causa)⁶⁹. Entre los distintos grupos de casos que caerían dentro de este precepto se encuentran los negocios contrarios a la ética profesional, a los principios de la moral sexual y del orden familiar, al ordenamiento de la familia, las limitaciones ilícitas de la libertad o la usura⁷⁰. Sin embargo, en estos supuestos se aplicará el § 134 BGB, que es la norma especial con respecto a la cláusula general prevista en el § 138 BGB. Cuando la infracción de la ley alcanza al orden moral se aplica el precepto que se refiere a la primera. La validez o la nulidad del negocio prohibido se ajustan mejor al sentido y finalidad de la ley y, por este motivo, se considera que hay que estar a lo dispuesto en la misma⁷¹.

traduce: «Prohibición legal. Un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo, salvo que de la ley se desprenda otra cosa».

⁶⁵ § 138 *Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*: «(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen». LÓPEZ CASAL, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», p. 7, lo traduce: «Negocio jurídico contra las buenas costumbres; usura. (1) Un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo. (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad notable de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respecto a dicha prestación».

⁶⁶ LARENZ, *Derecho Civil*, pp. 586-587.

⁶⁷ TEUBNER, Gunther, *Standards und Direktiven in Gneralklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Athenäum-Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 8, Frankfurt, a., M., 1971, pp. 18 y ss.; y ARMBRÜSTER, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 138 – Gestzliches Verbot], 2006, Mg. 14.

⁶⁸ LARENZ, *Derecho Civil*, pp. 593 y ss.

⁶⁹ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 9.

⁷⁰ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 10-11, resumen estos grupos de casos. Vid. LARENZ, *Derecho civil*, pp. 600 y ss.; y MARKESINIS Basil S., et al, *The German Law of Contracts. A comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

⁷¹ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 8, que citan a ARMBRÜSTER, [§ 134 –Sittenwidrigkeit; Wucher].

En esta misma línea, en el sistema del *Common Law* la ilicitud de un contrato se perfila por la jurisprudencia a partir de los siguientes grupos de casos: 1º) contratos que son contrarios a las leyes o normas imperativas («*statutory illegality*» o «*contracts contrary to law*»)⁷²; y 2º) contratos que son contrarios al interés público que emana de los principios generales del *Common law*⁷³, categoría que comprende la violación del orden público y de las buenas costumbres («*Illegality on grounds of public policy*»)⁷⁴. El Derecho del *Common Law* tiene en cuenta la ilegalidad y la inmoralidad del contrato sin entrar a analizar la posible ilicitud de su causa⁷⁵. Cuando un contrato infringe una ley o la norma reglamentaria que lo desarrolla («*Statute*») habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto en la propia ley. Si la ley prevé la nulidad, el contrato será nulo; y si no habrá que interpretar el texto de la ley y ponerlo en relación con su propósito para determinar si el contrato es válido o inválido⁷⁶.

Los PECL y el DCFR también recogen una sistemática anticausalista: distinguen la nulidad de los contratos que infringen principios fundamentales de derecho de los Estados miembros o de la UE; y la nulidad de los contratos que infringen normas imperativas. El fundamento de la nulidad de los contratos que infringen principios

⁷² INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 15-16, incluyen dentro de los «*contracts contrary to law*»: 1º) los «contratos expresamente prohibidos por la ley imperativa» («*contracts forbidden by law*»); 2º) «contratos cuya finalidad es cometer un delito o un acto ilícito» («*contracts to commit a crime or a civil wrong*»); 3º) «contratos cuya ejecución o forma de cumplimiento implique para una o ambas partes contratantes la vulneración de una ley» («*unlawful method of performance*»); y 4º) «contratos que se llevan a cabo para indemnizar frente a la responsabilidad penal o civil derivada de la comisión de actos ilícitos que implican culpabilidad o intencionalidad, o la promesa de pagar una cantidad a una persona en el supuesto de que cometa un acto ilícito».

⁷³ Vid. ampliamente VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», pp. 123-126.

⁷⁴ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 16-17, señala que entre los contratos contrarios al orden público («*contracts contrary to public policy*») suelen citarse los siguientes grupos de contratos: 1º) «Contratos cuyo objeto es promover la inmoralidad sexual» («*contracts promoting sexual immorality*»); 2º) «Contratos que afectan a la libertad matrimonial o que pretenden debilitar el vínculo matrimonial» («*contracts affecting the freedom and security of marriage*»); 3º) «Contratos que afectan al ejercicio de la patria potestad» («*contracts affecting parental responsibility*»); 4º) «Contratos que excluyen la jurisdicción de los tribunales» («*contracts excluding jurisdiction of the courts*»); 5º) «Contratos dirigidos a alterar el curso normal de la justicia» («*contracts perverting the course of justice*»); 6º) «Contratos cuya ejecución lesiona los intereses del Estado» («*contracts affecting the State in its relations with other States*»); 7º) «Contratos que promueven la corrupción en la vida pública» («*contracts promoting corruption in public life*»); y 8º) «Contratos que vulneran la libre competencia» («*contracts in restraint of trade*»). En esta misma línea, VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», p. 144; PRENTICE, Dan, *Chity on Contracts, General Principles*, 26ª ed., Londres, 1991, pp. 686-687; y O'SULLIVAN, Janet & HILLIARD, Jonathan, *The Law of Contract*, Nicola Padfield, Fitzwilliam College, Cambridge, 2006, pp. 301 y ss. Entre otros asuntos, *McEllistrims Case* AC 548 (1919), *Esso Petroleum Co. Ltd v. Harper's Garage (Stoutport) Ltd.*, AC 269 at 394, 307, 336 (1968), *Donnell v. Bennett*, Ch. D. 835. (1883) y *United Shoe Machinery Co. of Canada v Brunet*, AC 33 (1909).

⁷⁵ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 15.

⁷⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», pp. 133-135, que cita a TREITEL, Gunter Heinz, *The law of contract*, 9ª ed., Londres, 1995, pp. 455-456.

fundamentales del Derecho se regula en los artículos II.-7:301 del DCFR⁷⁷ y 15:101 PECL⁷⁸. Los principios fundamentales del Derecho absorben otros términos como «*illegality*», «*immorality*», «*public policy*», «*ordre public*» y «*bonos mores*», creando un nuevo concepto⁷⁹. Para encontrarlos, hay que acudir a los textos fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeos⁸⁰: en particular, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸¹, a la Convención Europea de Derechos Humanos y a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁸². En lugar de acudir a conceptos jurídicos indeterminados como la «moral» o el «orden público», el DCFR y los PECL se remiten a los principios fundamentales del Derecho. La vulneración de estos principios fundamentales tendría como efecto la ineficacia total o parcial del contrato⁸³. El segundo supuesto que se recoge en el DCFR y, paralelamente, en los PECL, es la nulidad de los contratos que infringen normas imperativas o prohibitivas («*contracts infringing mandatory rules*»). De conformidad con lo dispuesto en los artículos II.- 7:302 DCFR⁸⁴ y 15:102 PECL⁸⁵, los efectos de la infracción de una norma imperativa serán los que se prevean en la misma; y si éstos no se expresan el juez podrá declarar en función de una

⁷⁷ II.- 7:301 DCFR: *Contracts infringing fundamental principles: «A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle».*

⁷⁸ Art. 15:101 PECL: *Contracts Contrary to Fundamental Principles: «A contract is of no effect to the extent that it is contrary to principles recognized as fundamental in the laws of the Member States of the European Union».*

⁷⁹ Vid. MACQUEEN, Hector Lewis, «Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles», *Towards a European Civil Code*, 4th revised and expanded edition (Kluwer Law International 2010), 2014, pp. 1-14, <http://ssrn.com/abstract=2430751>, pp. 4-6; e INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 34.

⁸⁰ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 35.

⁸¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 83, de 30 de marzo de 2010).

⁸² INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 37.

⁸³ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 40-41.

⁸⁴ II.- 7:302 DCFR: «*Contracts infringing mandatory rules (1) Where a contract is not void under the preceding Article but infringes a mandatory rule of law, the effects of that infringement on the validity of the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effect of an infringement on the validity of a contract, a court may: (a) declare the contract to be valid; (b) avoid the contract, with retrospective effect, in whole or in part; or (c) modify the contract or its effects. (3) A decision reached under paragraph (2) should be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringe; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract».*

⁸⁵ Article 15:102 PECL: «*Contracts Infringing Mandatory Rules (1) Where a contract infringes a mandatory rule of law applicable under Article 1:103 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule. (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the contract may be declared to have full effect, to have some effect, to have no effect, or to be subject to modification. (3) A decision reached under paragraph (2) must be an appropriate and proportional response to the infringement, having regard to all relevant circumstances, including: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be impose under the rule infringe; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether the infringement was intentional; and (f) the closeness of the relationship between the infringement and the contract».*

serie de factores la validez (principalmente: el propósito de la norma infringida, los sujetos a lo que asiste la norma, la existencia de otras sanciones, la seriedad de la infracción, la intencionalidad de la contravención y la relación entre infracción y contrato)⁸⁶, la nulidad total o parcial (con efectos retroactivos) o la modificación del contrato.

A diferencia de los anteriores, en el sistema causalista francés la nulidad del contrato por su contenido se vincula a la ilicitud de su causa (artículos 1131 a 1133 *Code Civil*). El *Code Napoléon* prevé tres posibles causas de ilicitud contractual: la causa es ilícita cuando es contraria a la ley («*loi*»), al orden público («*ordre public*») o a la moral social («*bonnes moeurs*»).

Finalmente, en el sistema causalista italiano la nulidad puede producirse por contravención de normas imperativas (artículo 1418.1 *Codice Civile*: «el contrato es nulo cuando sea contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga otra cosa»⁸⁷); o por la ilicitud de la causa, cuando ésta resulta contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres (artículo 1418.2 en relación con el artículo 1325 *Codice Civile*)⁸⁸. Por lo tanto, se acoge un sistema mixto que admite que los negocios prohibidos pueden tener (o no) una causa ilícita.

El sistema causalista español se aproxima al italiano. La nulidad de los negocios prohibidos puede tener su origen en la contravención de los límites de la autonomía privada, esto es, la ley, la moral y el orden público (artículos 1255 CC); así como en la ilicitud de su causa (artículos 1275 CC). No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto a la delimitación de estas reglas. Algunos autores consideran que para declarar la nulidad de los contratos (o negocios) en los que el propósito común de las partes es contrario a las leyes o a la moral no hace falta acudir a los artículos 1271 y 1275 CC (relativos al objeto y a la causa ilícita), en cuanto que resultaría suficiente con acudir a los artículos 6.3 y 1255 CC⁸⁹. Otros, por el contrario, afirman que los supuestos de

⁸⁶ MACQUEEN, «Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles», p. 9.

⁸⁷ *Articolo 1418.1 Codice Civile. Cause di nullità del contratto. «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente».* GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 252-253, recoge la traducción que se reproduce en el texto y señala las siguientes hipótesis en las que la ley dispone otra cosa: «hipótesis para las que está prevista aquella forma de invalidez distinta de la nulidad que es la anulabilidad del contrato»; e hipótesis en las que la ley asegura la efectividad de la norma imperativa previniendo remedios distintos de la invalidez del contrato, como por ejemplo el sometimiento de las partes a una sanción administrativa determinada o como la obligación de hacer desaparecer la sanción creada con la violación de la norma imperativa». GALGANO, Francesco, *Il contratto*, Seconda edizione, Cedam, Milano, 2011, pp. 288-289.

⁸⁸ *Artículo 1418.2 Codice Civile. «Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa (1343), l'illiceità della causa (1343), l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346».* Vid. GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 257.

⁸⁹ Vid. DE LOS MOZOS, José Luis, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», *Revista de Derecho Notarial*, nº 283, Madrid, 1961, p. 416; DíEZ-PICAZO Y

hecho de los artículos 6.3 y 1275 CC se confunden de manera errónea. El supuesto de hecho del artículo 6.3 CC (vinculado en mayor o menor medida al artículo 1255 CC) se centra en la ilicitud de los negocios; mientras que el artículo 1275 CC lo hace en la ilicitud causal y el artículo 1271 CC en el objeto ilícito⁹⁰. Finalmente, como variante de este segundo planteamiento, se ha apuntado que la ilegalidad se refiere a aquellos contratos (o negocios) «rechazados en todo o en parte por el derecho positivo», «por una norma jurídica imperativa»; mientras que la ilicitud se proyectaría sobre todos aquellos que no están prohibidos por las normas jurídicas positivas, pero que vayan en contra de normas éticas, las buenas costumbres o los principios generales de orden público (la causa y el objeto ilícitos se proyectan sobre la ley, la moral y el orden público). De este modo, habría dos formas de controlar la ilegalidad del contrato (o negocio): 1º) una estructural, a través de sus elementos (objeto y causa ilícita); y 2º) otra funcional, a través de la finalidad de la norma infringida (control instrumentalizado a través del artículo 6.3 CC)⁹¹.

A nuestro parecer, la causa es un elemento configurador de la intencionalidad de las partes que llevan a cabo un negocio prohibido. El consentimiento, el objeto y la causa son elementos esenciales (estructurales) del contrato. Sin embargo, sólo esta última analiza el propósito común de las partes, aspecto que determina el alcance de la ineficacia (total o parcial) de los negocios prohibidos y tiene importantes implicaciones con respecto a las acciones civiles que puedan derivarse de la nulidad. De acuerdo con este planteamiento, la nulidad de los negocios prohibidos requiere determinar si su origen se sitúa: 1º) en un vicio extrínseco a la relación comercial que derive de la infracción de los límites impuestos a la autonomía de privada (ley, moral, orden público); y, en su caso, 2º) en un vicio intrínseco en su formación derivado del propósito común ilícito de las partes (causa ilícita).

1. Vicio extrínseco: negocio que va más allá de los límites de la autonomía privada

La autonomía privada y, en particular, el poder individual que de ella se deriva, no permite crear normas de Derecho (esta labor recae exclusivamente sobre los

PONCE DE LEÓN, Luis, ROCA I TRÍAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 175; FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Forma, objeto y causa/consideration», CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 399-434, en p. 424, citados por INFANTE RUIZ, Francisco J., y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret*, Barcelona, 2009, <http://www.indret.com/es/>, p. 33, que, al igual que aquellos, consideran que la supresión de la técnica de la causa es perfectamente posible e incluso recomendable.

⁹⁰ Vid. por todos, SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 148-181 y 201-231; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 282-283 y 249.

⁹¹ VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 39-41.

representantes de la comunidad que han resultado libremente elegidos como resultado de la autonomía de la voluntad de sus representados), pero sirve para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y para reglamentarlas.

La función reglamentadora de la autonomía privada se reconoce en los artículos 1091 y 1255 CC: el artículo 1091 CC dispone que «Las obligaciones que nacen de los contratos [o negocios, en sentido amplio] tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (aunque no equipara el contrato a la ley, le otorga «fuerza de ley» entre las partes); y el artículo 1255 CC establece que «Los contratantes pueden establecer los pactos [acuerdo de voluntades, negocio], cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». En estos preceptos se reconoce la libertad de elegir un tipo contractual, la opción de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto al legalmente previsto y la posibilidad de construir libremente otros tipos distintos, siempre que los pactos, cláusulas y condiciones «no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

El artículo 1255 CC recoge una fórmula que gracias a su flexibilidad se ha adaptado a los cambios que ha experimentado nuestra sociedad desde el siglo XIX⁹². La ley, la moral y el orden público han configurado y configuran los límites a la autonomía privada en función del contexto histórico, económico y social. De ahí que el Código Civil español haya podido evolucionar desde el modelo liberal del s. XIX (concepción liberal del contrato, carácter individualista) hacia el modelo de Estado social de Derecho del s. XX – s. XXI (concepción social del contrato, espíritu de «socialidad»)⁹³.

1.1. Las leyes: infracción textual o virtual

Las normas son imperativas cuando se sobreponen a la voluntad personal, impidiendo su exclusión por ésta; y son dispositivas cuando el ordenamiento jurídico permite que se anteponga a ellas una regla creada por la autonomía privada⁹⁴.

La nulidad por infracción de una norma imperativa admite distintas interpretaciones: algunos autores consideran que es preciso que la propia norma imponga la nulidad como consecuencia de forma expresa (*pas nullité sans texte*)⁹⁵; otros

⁹² En este sentido, vid. SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*, vol. 122, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 56.

⁹³ GORDILLO CAÑAS, Antonio, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, 1975, pp. 101-204, en pp. 108-126.

⁹⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 212. En Italia, GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 254, señala para que una norma sea imperativa «debe tratarse de una orden o de una prohibición calificable como absoluta, así como impuesta para la tutela de un interés general».

⁹⁵ GHESTIN, Jacques, *Le contrat: formation, Traité de Droit civil*, Paris, 1988, pp. 866-869.

estiman que es posible apreciar que, aunque la norma no imponga expresamente esta consecuencia, su sentido y finalidad pueden perseguir que el negocio no produzca efectos⁹⁶. El artículo 6.3 CC se decanta a favor de esta segunda tesis al disponer que «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»⁹⁷.

1.2. El orden público: orden público estatal y orden público económico europeo

El concepto jurídico indeterminado de orden público es una «figura enigmática»⁹⁸ a medio camino entre la ley y la moral, que se caracteriza por su relativismo e indefinición. Se ha dicho que «tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas», un «suplicio para la inteligencia», «caminar por un camino cubierto de espinas»⁹⁹. La doctrina francesa se aproxima a este concepto a partir de dos direcciones distintas: 1º) exigiendo la consagración o recepción de los principios de orden público y buenas costumbres en el propio texto legal («dirección positiva»); y 2º) no exigiéndola («dirección negativa»)¹⁰⁰.

⁹⁶ DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 154. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 31, cita la Sentencia de 29 de octubre de 1990 (R.A. 8265), donde se dice que «el art. 6-3º se limita a recoger un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad y que el art. 6-3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a las Leyes en tres grupos: 1º) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio. 2º) Actos contrarios a la ley, en los que la Ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos “contra legem”. 3º) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si mediante transcendentales razones que patencen el acto como gravemente contrario a la ley, la mora o el orden público» (cita en este mismo sentido las SS. De 28 de julio de 1986, R.A. 4621 y de 17 de octubre de 1987, R.A. 7293).

⁹⁷ En Italia, como ya se ha indicado el artículo 1418, apartado 1 del *Codice Civile* dispone que «el contrato es nulo cuando sea contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga otra cosa». En Portugal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 294 de su Código Civil los negocios jurídicos celebrados en contra de una disposición legal de carácter imperativo son nulos salvo en aquellos casos en que resulte otra solución distinta de la propia ley (*Artigo 294º Código Civil Português: «Os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da ley»*).

⁹⁸ LLOPIS GINER, Juan Manuel, «El orden público: módulo general delimitativo», *Estudios homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord.), vol. 1, Universidad de Valencia, Valencia, 1996, p. 284.

⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 4, 1982, pp. 987-1085, p. 1022, cita a MALAURIE, Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterre, URSS, Reims, 1953, p. 3.

¹⁰⁰ GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, París, 1980, pp. 69-72, que diferencia un orden público textual o legislativo, que encuentra su origen en la ley, y un orden público

La dirección positiva considera que el orden público encuentra su justificación en la ley y, por tanto, centra su estudio en las leyes de orden público. Algunos autores sostienen que las leyes de orden público son leyes imperativas o prohibitivas que no se pueden derogar por las partes¹⁰¹. Otros autores matizan esta afirmación indicando que el campo de acción de la ley imperativa abarca leyes de orden público y leyes de protección de intereses privados, sin que exista una coincidencia plena entre leyes imperativas y leyes de orden público¹⁰². En ambos casos se considera que las reglas de orden público se encuentran en leyes imperativas, por lo que la diferencia entre la ley imperativa y el orden público, como límites a la autonomía de la voluntad es prácticamente inexistente.

La dirección extrapositiva configura el orden público como un principio limitador de la autonomía de la voluntad que puede encontrarse fuera de todo texto legal y que tiene como finalidad velar por el interés general limitando cualquier voluntad privada que atente contra éste. Para los defensores de esta tesis, corresponde al juez determinar qué es orden público y, por tanto, limitar la autonomía de la voluntad¹⁰³. El orden público se sitúa en la zona de unión entre la moral y la ley, recogiendo los valores morales y jurídicos que, por ser fundamentales, cobran una significación especial, de tal forma que deben ser defendidos del Estado, de las leyes extranjeras y de los acuerdos que libremente adopten las partes. Desde esta segunda dirección el orden público es un elemento protector de la sociedad y de los principios que la rigen.

Los Códigos liberales -entre los que se encuentra el Código Civil español- consagraron la nulidad de los contratos contrarios a la ley y al orden público. Aunque el orden público al que se refieren estos Códigos es «el orden público en el sentido político de la palabra»¹⁰⁴, la socialización del Derecho y la función social del contrato – orientados hacia la defensa del «débil»- alumbraron una noción más amplia del orden público que se proyectó sobre el orden económico, dando lugar al denominado «orden público económico», «constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden

virtual o judicial, que sería el determinado por la jurisprudencia; y DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 290 y ss.

¹⁰¹ DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant l'ordre du Code*, t. I., número 109, 4ª ed., 1841, recogido en ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «Las nociones de orden público y buenas costumbres», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, nº 3, 1963, pp. 783-820, en p. 787; y DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, p. 291.

¹⁰² ESPÍN CÁNOVAS, «Las nociones de orden público y buenas costumbres», p. 787, cita a otros autores como MALAURIE que, al igual que él, matizan la identificación entre orden público y norma imperativa.

¹⁰³ Por todos, JULLIOT DE LA MORANDIERE, León, *L'ordre public en droit civile interne*, Etudes Capitane, París, 1939, p. 388; y SIMÓN, Alain, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, p. 336, citados por DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, p. 293.

¹⁰⁴ RIPERT, Georges, *Le Regime démocratique et le Droit Civil moderne*, 2ª ed., París, 1948, p. 256.

jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado parece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad»¹⁰⁵.

El término orden público económico se introdujo por primera vez en el Derecho francés¹⁰⁶, en contraposición con el orden público tradicional, político y moral. Se afirma que el orden público es esencialmente conservador, tiene como función defender la soberanía del Estado, la solidez de la familia, la salvaguarda de las libertades individuales, las buenas costumbres y las profesiones reglamentadas, sólo contempla el intercambio de bienes y servicios en la medida que no se vean afectadas estas instituciones y, por lo tanto, tiene un carácter negativo: prohíbe, restringe. A diferencia de este primer concepto, el orden público económico se propone cambiar la sociedad y, para ello, se ocupa del intercambio de bienes y servicios imponiendo obligaciones a los particulares, con carácter positivo¹⁰⁷: no prohíbe, ordena.

En España, las diferencias entre el orden público y el orden público económico eran notables en sus orígenes. Sin embargo, con el tiempo se ha producido una aproximación entre estos conceptos.

A raíz de la aprobación de la Constitución, se empezó a defender en nuestro país –por influencia del Derecho francés– que el concepto de orden público al que se refiere el artículo 1255 CC «se basa en las normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o lo moral»¹⁰⁸. El valor del orden público jurídico se manifiesta en su eficacia negativa, que permite al juez declarar de oficio la nulidad de los convenios que sean ilícitos. A diferencia de éste, el orden público económico «se exterioriza en mandatos legales imperativos» dirigidos a la Administración y a los jueces que, con el fin de ordenar la actividad económica, restringen la libertad de contratar. Con respecto a estas normas el juez pierde su papel protagonista: el juez no concreta e interpreta los criterios básicos de la moral y de lo justo, se limita a obedecer

¹⁰⁵ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 53 y ss.

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 1047, atribuye la paternidad del concepto de orden público económico (nota a pie de página 213) a RIPERT, Georges, «L'ordre économique et la liberté contractuelle», *Etudes Geny II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, 1934, pp. 347-355, Le régime démocratique et le Droit civil moderne, París, 1948, en especial §§ 140-153, pp. 255-282, etc.

¹⁰⁷ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 1046, que explica la evolución del concepto de orden público en la doctrina francesa y cita a CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, § 115, como primer autor que distinguió entre el orden público económico de protección o social y el orden público económico de dirección.

¹⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 1948.

el mandato del legislador con independencia de su moralidad o justicia. De ahí que se concluya que no puede asimilarse el concepto de orden público previsto en el artículo 1255 CC al orden público económico: uno obedece a los dictados de la moral y la justicia y el otro es amoral¹⁰⁹.

La consolidación del modelo constitucional dio lugar a que algunos autores afirmasen que el contenido del orden público debía extraerse de la propia Constitución¹¹⁰. El hecho de que aparezca el concepto de orden público junto a la ley en el artículo 1255 CC, limitando la autonomía de la voluntad, parecía indicativo de que aquel no podía referirse a otra cosa que al orden constitucional, toda vez que éste es el único que puede anteponerse a la propia ley¹¹¹.

Después de la adhesión de España a la CEE, los conceptos de orden público y orden público económico se siguieron interpretando en consonancia con nuestra norma suprema. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en multitud de ocasiones en esta línea, afirmando que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público»¹¹²; y que el concepto de orden público debe interpretarse «a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución»¹¹³.

La evolución del Derecho europeo propició la revisión de las tesis anteriores. El orden público pasó a entenderse de forma omnicompreensiva o universal, de modo que comprendía todo aquello sobre lo que el orden privado no se pueda imponer, «todos los límites impuestos por el ordenamiento jurídico al orden en el que rige la autonomía de la voluntad»¹¹⁴. Además de los límites recogidos en el artículo 1255 CC, incluiría los límites previstos en el artículo 6.2 y 7 del CC: los intereses públicos, los intereses privados de terceros, los límites impuestos por la buena fe y la interdicción del abuso¹¹⁵.

¹⁰⁹ En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 1948, cita a MAULARIE, *Les contrats contraires a l'ordre public*, Reims, 1953, p. 57.

¹¹⁰ MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 154, citado por DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, p. 294; FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, nota a pie de p. 27; y CUENCA ANTOLÍN, Delia, «El orden público y la justicia contractual», PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 2, 1996, pp. 605-626.

¹¹¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, p. 296.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional nº 19/1985, de 13 de febrero. En este mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 276/1983; 39/1988, 54/1989 y 81/92.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional nº 66/1995, de 8 de mayo.

¹¹⁴ PEÑA LÓPEZ, Fernando, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, Granada, 2000, pp. 188 y ss.

¹¹⁵ PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 188.

En la actualidad, se diferencia: 1º) la intervención del Estado en la actividad económica por medio de normas imperativas, que no son por sí solas genuino objeto del orden público; y 2º) los «principios y líneas de inspiración» sobre los cuales se desarrolla esta actividad, que conforman el orden público económico. Los principios de derecho se presentan como el resultado del influjo de factores sociales, políticos y culturales; y poseen la fuerza y la eficacia de los principios generales dentro de los cuales se encuentran. Son directrices y principios que se corresponden con una idea de «constitución económica» más profunda que la recogida en la constitución política (artículo 38 CE), puesto que no tienen por qué estar positivizados ni formulados en el texto constitucional y vienen a ser en el campo de la economía el equivalente al orden público previsto en el artículo 1255 CC¹¹⁶.

El concepto de orden público «se contrae o se ensancha al socaire de las ideologías socio-políticas»¹¹⁷. La doctrina ha reinterpretado y adaptado a la realidad socio-jurídica el concepto de orden público que recoge nuestro Código Civil de 1889¹¹⁸. Aunque parece aconsejable asentarlo en la Constitución española, la penetración de los principios del Derecho de la UE en nuestro ordenamiento jurídico nos sitúa en un nuevo marco jurídico.

La teoría nos muestra dos ordenamientos jurídicos (europeo y estatal) plenamente reconciliados, con unos principios comunes¹¹⁹. Sin embargo, en la práctica el orden público económico europeo que se desprende de los Tratados condiciona el orden público estatal que se configura a partir de nuestra Constitución y de las normas que se derivan de ésta.

El ordenamiento jurídico español –y sus principios- responden a un «modelo de capitalismo de mercado *comunitarista o social*» (sus principios se orientan hacia la equidad distributiva). A diferencia del «modelo de capitalismo de mercado *individualista o liberal*», que se limita a defender la intervención del Estado para «asegurar el sistema económico establecido», «resolver los problemas de eficiencia del mercado» y, en general, «asegurar el crecimiento estable de la economía»; el modelo de capitalismo de mercado *comunitarista o social* también le asigna un importante «papel a

¹¹⁶ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 54.

¹¹⁷ GORDILLO CAÑAS, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», p. 116.

¹¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 1948.

¹¹⁹ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 39-41, señalan que en los artículos II.-7:301 DCFR y 15:101 PECL se establece la nulidad de los contratos contrarios a los principios fundamentales del Derecho de los Estados miembros y que éstos se extraen de los textos fundamentales de los ordenamientos jurídicos europeos (textos constitucionales de los Estados miembros); y, en el ámbito de la UE, del TFUE, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. A falta de un Derecho privado común en el ámbito de la UE, la relación entre el orden público estatal y el europeo puede plantearse tomando como referencia estos preceptos.

favor de la equidad distributiva». El mercado «no está pensado para ser equitativo, sino para ser eficiente»: no garantiza *per se* la equidad distributiva, «ni entendida como igualdad de oportunidades», «ni entendida como igualdad de resultados o, al menos, como distribución no excesivamente dispar de la renta»¹²⁰.

En nuestro texto constitucional se establece la intervención del Estado en la actividad económica por medio de normas imperativas (que no son por sí solas genuino objeto del orden público) y se garantizan los principios y líneas de inspiración sobre los cuales se desarrolla la actividad económica de la sociedad (que conforman el orden público económico) en consonancia con el orden público general que se desprende del mismo. De este modo los principios que integran el orden público estatal (lo justo conforme al ordenamiento jurídico) condicionan los principios de orden público económico y el contenido de las normas imperativas que desarrollan estos últimos.

El orden público que se configura a partir de los Tratados de la UE es estrictamente económico y responde a un modelo de capitalismo de mercado liberal (sus principios se configuran al margen de la equidad distributiva), por lo que debería supeditarse al orden público que se desprende de la Constitución española. Sin embargo, el resultado de la yuxtaposición del modelo estatal y el de la UE ha sido la absorción del primero por el segundo, de forma que el orden público económico de la UE disciplina al orden público estatal (y al consiguiente orden público económico estatal)¹²¹.

1.3. La moral: el último límite

El positivismo jurídico, asentado sobre la ideología liberal de «*laissez faire*»¹²², precisaba la desconexión del Derecho respecto a la ética. Conforme a esta corriente de pensamiento económico, los pactos debían cumplirse en sus propios términos (*pacta sunt servanda*), atendiendo al sentido literal del contrato. La crisis del modelo liberal propició que los Códigos civiles del s. XVIII propugnasen la introducción de corrientes

¹²⁰ CIDONCHA MARTÍN, Antonio, *La libertad de empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 69, siguiendo a THUROW (THUROW, Lester C., *Head to head the coming economic battle among Japan, Europe and America*, William Morrow and Company, New York, 1992).

¹²¹ Vid. ampliamente, MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007, p. 43-73, <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>, en p. 48; y MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «El Tratado de Lisboa y la constitución económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008, p. 37-68, <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>, en p. 40-50.

¹²² La célebre frase «*laissez-faire, laissez-passer*», suele vincularse a SMITH, Adam, *An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Trahan & T. Cadell, Londres, 1776. No obstante, algunos autores, defienden que la frase pertenece al fisiócrata QUESNAY; otros, como GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981, p. 74, sostienen que fue el empresario francés LE GENDRE quien acuñó la expresión; y por último, no falta quien, como VICIANO PASTOR, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 43, atribuye su autoría a VINCENT DE GOUNAY, economista francés, precursor de los fisiócratas.

de moralización en los negocios jurídicos. En esta línea se sitúa nuestro Código Civil de 1889 al introducir la moral como límite intrínseco a la autonomía privada¹²³.

La concepción moralizadora de las relaciones contractuales se recoge en el artículo 1255 CC de nuestro Código Civil, que introduce la moral como límite de la autonomía privada; y en el artículo 1275 CC, que dispone la ilicitud de la causa que se opone a las leyes y a la moral, como vicio intrínseco del contrato. La moral, definida por la RAE como aquella «Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia», representa para nuestra doctrina en el plano jurídico «el conjunto de las convicciones de ética social imperantes, en un determinado momento histórico, con carácter general en la comunidad»¹²⁴, o si se prefiere, «lo que ordinariamente practica la generalidad de las personas honestas en una determinada comunidad y en un determinado momento»¹²⁵.

La delimitación de la norma moral no depende de que ésta tenga un reflejo legal positivo, esto es, que esté sancionada en una norma legal¹²⁶. La moral sólo opera *a priori* como límite de la autonomía privada en ausencia de una norma jurídica de carácter imperativo. No actúa sobre el derecho; es éste el que la hace suya y la incorpora al ordenamiento jurídico adecuándola a los principios rectores del ordenamiento¹²⁷.

2. Vicio intrínseco: causa ilícita

La idea de causa que recoge nuestro Código Civil se inspira en la teoría de la causa de los contratos del *Code Civil*¹²⁸. Al igual que éste, se refiere a la causa de la obligación (artículo 1261 CC y 1274 y ss. CC, en relación con los artículos 1131 y 1133 del *Code Civil* francés¹²⁹) y deja la elaboración del concepto de la causa en manos de la

¹²³ DE CASTRO Y BRAVO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», p. 989; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 59, cita a RIPERT, *La regla moral en las obligaciones civiles*.

¹²⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 156, cita en este sentido a DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 296. La doctrina suele caracterizar la moral en alusión a las buenas costumbres, reflejando la variabilidad de la valoración moral. Vid. también: VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: presupuesto y límites de la libertad contractual*, pp. 85 y ss.; y SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 136-137.

¹²⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 373.

¹²⁶ GORDILLO CAÑAS, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», p. 172.

¹²⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 135-145.

¹²⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 70-73, resume la evolución de la causa desde el Derecho romano hasta nuestros días incidiendo especialmente en la influencia que ha ejercido el *Code Civil* sobre nuestro derecho.

¹²⁹ «*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*» (article 1131 Code Civil); y «*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*» (article 1133 Code Civil). De acuerdo con lo dispuesto en estos preceptos, la obligación sin causa, con causa falsa o con causa ilícita, no podrá tener ningún efecto; y sobre ésta última indica que la causa es ilícita cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres y al orden público.

doctrina, que, por su parte, suele delimitar este concepto a partir de tres nociones distintas: la causa de la atribución (¿por qué se recibe algo?); la causa de la obligación (¿por qué se debe algo?); y la causa del contrato o negocio (¿por qué se celebró?)¹³⁰.

La causa de la atribución es «aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial»¹³¹: el negocio jurídico o la disposición legal que faculta a un sujeto para recibir una atribución patrimonial. Cuando la atribución carece de causa, el atribuyente puede pedir el resarcimiento (teoría del enriquecimiento injusto).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1261 CC, la causa de la obligación es un elemento esencial del contrato (junto con el objeto cierto del mismo y el consentimiento de los contratantes). Al igual que sucede en el artículo 1108 del *Code Civil*, nuestro legislador incluyó la causa de la obligación entre los elementos esenciales para la validez del contrato, confundiendo las ideas de causa del contrato y de causa de la obligación¹³². La causa de la obligación responde a la pregunta de por qué se debe y no a la pregunta de por qué se contrajo (a la que responde la causa del contrato). La doctrina sostiene que se debe por mandato legal, por la existencia de un contrato, de un cuasi contrato o de un acto u omisión ilícito o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia (artículo 1089 CC), equiparando la causa de las obligaciones a la fuente de las obligaciones¹³³.

Finalmente, para examinar la causa de los contratos habría que acudir en primer lugar al artículo 1274 CC: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio para la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor». Este precepto no se pronuncia sobre cuál es la causa de una transacción, un contrato de sociedad, una fianza, etc. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia consideren que la causa de los contratos o, en sentido amplio, de los negocios jurídicos, responde a la pregunta de por qué se celebró el contrato o negocio y, además, por qué vale como tal¹³⁴.

¹³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 271.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 271.

¹³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 272.

¹³³ MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, p. 292, señala que «Los romanos llamaban también causa a la fuente de la obligación: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito; en ese sentido es utilizado el vocablo causa por Gayo, en la expresión: *variae causarum figurae*». Vid. también, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 272-273.

¹³⁴ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 271-274.

2.1. La noción de causa del negocio jurídico

La respuesta al motivo, razón o fundamento (por qué) de la celebración del contrato o negocio se aborda desde tres perspectivas distintas: objetiva, subjetiva y sincrética¹³⁵.

La noción objetiva de la causa («causa objetiva») supone que el ordenamiento jurídico sólo tutela «determinados negocios porque sirven para alcanzar finales sociales concretos»¹³⁶. La causa es la «función económico social» o la «razón económico-jurídica» del negocio jurídico reconocida por el Derecho¹³⁷. El negocio se celebra porque se quiere alcanzar un determinado resultado amparado por el Derecho. Esta noción de causa es criticable, puesto que no explica cómo un negocio típico y, por tanto, con una función económico social típica, puede tener una causa ilícita¹³⁸.

La teoría subjetiva surge ante la insuficiencia de la noción objetiva de causa. Se asocia la causa a «la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio»¹³⁹, al fin inmediato que las partes pretenden con el contrato¹⁴⁰, a los motivos o móviles concretos e individuales¹⁴¹ o al motivo determinante para la celebración del negocio¹⁴². Estas tesis también plantean sus inconvenientes, puesto que imposibilitan el

¹³⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, pp. 79 y ss., y SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 92 y ss., resumen las principales posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la causa.

¹³⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 485.

¹³⁷ Se refieren a esta noción de la causa, SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita*, p. 93; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 267. En Italia, vid. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, pp. 132-166.

¹³⁸ ORTIZ BAQUERO, Ingrid Soralla, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, monografía nº 5, La Ley, Madrid, 2011, en pp. 378 y ss.

¹³⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, 6ª ed., p. 268, analiza estas teorías.

¹⁴⁰ CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones*, traduc. DE TARRAGATO Y CONTRERAS, E., ed. Góngora, Madrid, 1922, pp. 21-22, consagra esta concepción de la causa en Francia. Le siguieron MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, p. 292; JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado: teleología jurídica*, trad. SÁNCHEZ LARIOS Eligio y CAJICA, José M., 1946; y RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, pp. 59-69. En España, vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, pp. 110 y ss.; SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 94; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 268; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, pp. 484-485.

¹⁴¹ Por todos, JORDANO BAREA, Juan Bautista, «La causa en el sistema del Código Civil español», *Centenario del Código Civil*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1041-1060, en pp. 1048 y ss., que la define como motivo impulsivo y determinante, y la relaciona con el artículo 1275 CC.

¹⁴² DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 179, cita, entre otros, a SÁNCHEZ ROMÁN, PLANAS Y CASALS, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA. Vid. también, sobre esta teoría, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 268; INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 5; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 56.

control de la inexistencia causal: si se entiende que la causa es cualquier motivación de las partes, toda negociación gozaría de causa (sea o no ilícita)¹⁴³.

La denominada dirección sincrética combina las dos teorías anteriores y concluye que hay que confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con el negocio. Desde esta perspectiva «la causa –razón que dota de sentido al negocio- sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explicaría el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falsa (negocio que encubre otro distinto) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y con la moral (legalidad y moralidad del resultado; legalidad y moralidad del propósito)»¹⁴⁴.

El problema central de la causa de los contratos o negocios es el control de la autonomía privada por el ordenamiento jurídico. Las partes se obligan porque quieren hacerlo, y además el ordenamiento jurídico considera legítimos sus intereses y el resultado que persiguen. De ahí parte el concepto de «causa concreta» al que se ha referido en numerosas ocasiones nuestra doctrina y jurisprudencia¹⁴⁵. La causa es «el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio o contrato de que se trate, que ha de ser por supuesto común a las partes contratantes, de manera que sólo cuando no existe un propósito específico, la causa se encuentra en el propósito de alcanzar la finalidad genérica y abstracta del negocio»¹⁴⁶. Desde esta perspectiva, el propósito práctico o resultado no tiene en cuenta los «simples motivos» («todo lo que no afecte a la consideración jurídica o caracterización del negocio mismo, es decir, al resultado práctico o social para el que aparece utilizado»), sino los «motivos incorporados a la causa»¹⁴⁷.

2.2. La ilicitud causal del negocio: la importancia del dolo

El artículo 1275 CC dispone que «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno» y, puntualiza que «Es ilícita la causa cuando se opone a las

¹⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 180.

¹⁴⁴ Se refieren a esta dirección sincrética, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 268-269; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 486.

¹⁴⁵ Vid. por ejemplo, la STS de 8 de julio de 1983 o la STS de 24 de enero de 1986, citadas por DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 276.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 275-276; y DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 227-229.

¹⁴⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, revisar parágrafo 285. Vid. también MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, fasc. 4, 2006, pp. 1529-1546, en p. 1535. En Italia, vid. GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 272 y BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, pp. 162 y ss.

leyes o a la moral»¹⁴⁸. A partir de este precepto se establece la distinción entre negocios con causa ilegal, que son los que se oponen a la ley (como contravención de una norma jurídica, en sentido amplio¹⁴⁹); y negocios con causa inmoral, que se oponen a las buenas costumbres¹⁵⁰. La causa, entendida como propósito de las partes, puede ser ilegal o inmoral. Cuando no existe un propósito específico de las partes y se acude exclusivamente al propósito abstracto del negocio sólo se podrá analizar su legalidad, esto es, si la finalidad genérica pretendida es legal o ilegal.

A nuestro entender, para que la causa sea ilícita es necesario que ambas partes persigan una finalidad empírica ilícita. El concepto de causa concreta que se propone requiere que haya dolo, esto es, que las partes conozcan (elemento intelectual) y quieran (elemento volitivo) realizar los elementos que configuran el ilícito (equivalente a los elementos del tipo en Derecho penal), sin tener en cuenta si prestaron su consentimiento libremente, aspecto relacionado con la culpa que se analizaría exclusivamente en el ámbito restitutorio, en el ámbito de la causa torpe.

Desde una perspectiva estrictamente penal, resultaría difícil apreciar un error de tipo (desconocimiento por una de las partes de lo que está haciendo o de alguno de los elementos que caracterizan su acción como típica) que permita excluir el dolo. Sin embargo, si nos alejamos de la rigidez del Derecho penal y nos apoyamos en las reglas de Derecho Civil relativas al dolo y al error en los contratos –y en particular, al error sobre la causa- se pueden delimitar con mayor precisión los contornos de la causa concreta excluyendo los supuestos en que ésta se vea afectada por alguno de estos vicios.

A estos efectos, el dolo es «todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio»; un concepto asimilable a la «mala fe»¹⁵¹; o en sentido genérico, la

¹⁴⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 136, cita como antecedentes de este precepto los artículos 998 del Proyecto de Código Civil de 1851 («La obligación, fundada en una causa falsa o ilícita, no produce efecto legal. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o a las buenas costumbres»), el artículo 1288 del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1889 («Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral») y los artículos 1131 y 1133 del Código Civil francés (el artículo 1131 dispone que «*L'obligation sans cause. Ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*» y el artículo 1133, que «*La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public*»).

¹⁴⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 123-132, a falta de concreción sobre el concepto de ley en el artículo 1275 CC, plantea tres posibles conceptos de «ley»: como norma penal, supuesto que daría lugar a la aplicación del artículo 1305 CC; como norma penal y civil (imperativa e incluso dispositiva); o como norma general del ordenamiento jurídico (Constitución, leyes administrativas, financieras, laborales o mercantiles...). Esta autora aboga por un concepto amplio: norma jurídica.

¹⁵⁰ Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-337 y DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 245-248.

¹⁵¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 198.

realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico. Desde la perspectiva de la formación de la voluntad contractual y de la perfección del contrato, este vicio suele asimilarse a la insidia, entendida ésta como «una asechanza o un artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño». El artículo 1269 CC dispone: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». El dolo es un vicio del consentimiento que puede excluir el conocimiento y la voluntad de querer los elementos del ilícito y, por tanto, la existencia de un propósito común ilícito. Cuando una de las partes induce a engaño a la otra sobre la ilicitud del propósito del negocio, esta circunstancia afecta de forma objetiva a la causa puesto que esta última no conocerá y no podrá querer los elementos que configuran el ilícito (causa concreta). En estos casos, el negocio prohibido (ilícito) tendrá una causa lícita, su finalidad abstracta. También excluiría la ilicitud causal el engaño causado por un tercero ajeno al negocio que, sin haberse confabulado con ninguna de las partes, impida conocer y querer los elementos del ilícito a una de ellas e incluso a ambas (si bien en este caso el vicio del consentimiento sería fruto del error)¹⁵².

El segundo vicio del consentimiento que puede excluir la ilicitud causal es el error. En una primera aproximación al error suele indicarse que consiste en «una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico»¹⁵³. La valoración del error de hecho en el terreno de la justicia o injusticia de la vinculación contractual (artículo 1266 CC), permite diferenciar tres supuestos: 1º) el error «sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo»; 2º) el error sobre la persona, «cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo»; y 3º) el error de cuenta, «que sólo dará lugar a su corrección». En nuestro caso, el error no se proyecta sobre la vinculación contractual, si no sobre su causa, esto es, «sobre las condiciones o requisitos incorporados a la causa»¹⁵⁴, por lo que afectará al conocimiento y a la voluntad de realizar los elementos del ilícito -excluyendo el dolo en sentido amplio- cuando reúna dos requisitos: la esencialidad y excusabilidad¹⁵⁵.

En primer lugar, el error es esencial cuando «consiste en la creencia inexacta, respecto de algún dato que se ha de valorar como motivo principal del negocio, según y conforme resulte de la conducta negocial de las partes, en las concretas circunstancias

¹⁵² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 205-206.

¹⁵³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 207.

¹⁵⁴ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 242.

¹⁵⁵ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 213, que cita como referencia la STS de 20 de noviembre de 1989.

del negocio»¹⁵⁶. El desconocimiento de las condiciones o requisitos que integran la causa concreta que se incorpora al negocio cumpliría este primer requisito.

En segundo lugar, el error es excusable cuando se acredita que no se pudo conocer estas condiciones o requisitos aun actuando diligentemente. La excusabilidad requiere determinar: 1º) la distribución de las cargas precontractuales de información; y 2º) cuál es la diligencia exigible. En este sentido, se afirma que el sujeto que invoca el error debe probar que ha actuado con la diligencia exigible; y, con respecto a ésta última, se entiende que cada parte «debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella», siempre que pueda acceder fácilmente a la información, exigiéndose mayor diligencia a los profesionales y expertos que a los inexpertos que negocian con expertos¹⁵⁷.

El error sobre la causa concreta puede cobrar especial importancia en aquellos casos en los que una de las partes haya configurado un negocio prohibido con un propósito ilícito (causa ilícita) y la otra se haya adherido desconociendo este propósito (sólo pretende alcanzar la finalidad genérica y abstracta del negocio, esto es, participar en un negocio con causa lícita). Cuando el propósito común no sea ilícito, el negocio no tendrá una causa ilícita.

La ilicitud de la causa concreta del negocio opera al margen de la culpabilidad de las partes, esto es, de la falta de capacidad para consentir; del conocimiento de la ilicitud de la conducta (error de derecho: desconocimiento de la ilicitud de los elementos que configuran el ilícito); o de la posible existencia de causas de exculpación (entre las que incluiremos la falta de capacidad, la violencia y la intimidación). Estos vicios del consentimiento afectan a la culpabilidad -o imputabilidad- con respecto a la ilicitud causal (causa torpe) y forman parte del ámbito de actuación de la acción restitutoria que se deriva de la acción declarativa de la nulidad. En este sentido, como veremos más adelante, los sujetos «culpables» de la ilicitud de la causa (aquellos que consiente libremente) son privados de su derecho a obtener la restitución de lo entregado en virtud del negocio nulo (artículo 1306 CC).

Los negocios prohibidos (ilícitos) que tienen una causa lícita son nulos con independencia de la intencionalidad de las partes¹⁵⁸. Las partes pueden configurar el

¹⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 110-111.

¹⁵⁷ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 215-216.

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 273, exponen las dos principales teorías que distinguen el dolo eventual de la imprudencia en el ámbito penal: la teoría de la probabilidad, que parte del elemento intelectual del dolo y admite la existencia de dolo eventual «cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa, siendo indiferente que admita o no su producción», de modo que si la probabilidad es lejana o remota, habrá imprudencia consciente o con representación; y la teoría de la voluntad, que atiende al contenido de la voluntad, para la que «no es suficiente con que el autor se plantee

negocio con el propósito de alcanzar su finalidad abstracta (causa lícita) y éste ser nulo porque la norma o un cambio en las circunstancias así lo determine (negocio prohibido por motivos ajenos a la intención de las partes)¹⁵⁹ o porque la nulidad afecte exclusivamente a un determinado pacto, cláusula o condición (artículo 1255 CC en relación con el artículo 6.3 CC). En estos casos, la nulidad es fruto de la negligencia de las partes, esto es, del riesgo que asumieron al no calcular las consecuencias de su conducta, por lo que procederá la recíproca restitución de lo que se haya entregado (artículo 1303 CC).

Los negocios que no estén prohibidos (lícitos) y que tengan una causa lícita pueden ser nulos: 1º) porque su finalidad última sea la realización de un negocio nulo, de forma que la nulidad de este último daría lugar a la ausencia de causa del negocio conexo (no podría alcanzar su finalidad genérica y abstracta); o 2º) porque concurren con otro u otros negocios con los que den lugar a un negocio complejo con causa ilícita (siempre que se acredite que las partes conocían y querían los elementos del ilícito).

Aunque algunos autores consideran que el artículo 1275 CC es innecesario porque se refleja en la existencia de los artículos 6 y 1255 CC¹⁶⁰, lo cierto es que el concepto de causa ilícita (artículo 1275 CC) es distinto del de acto o negocio prohibido: los negocios prohibidos con causa lícita contravienen una disposición de ley (son ilegales, inmorales o contrarios al orden público); mientras que en los negocios prohibidos con causa ilícita concurre además un propósito común ilícito (las partes conocen y quieren los elementos del ilícito).

Los negocios prohibidos tienen una ilicitud extrínseca. El negocio es inválido porque su estructura o función abstracta es ilegal, inmoral o contraria al orden público (artículo 6.3 CC en relación con el artículo 1255 CC). En los negocios prohibidos con causa ilícita, la ilicitud es intrínseca y extrínseca. El propósito empírico perseguido por las partes tiñe de ilicitud la propia causa del negocio (artículo 1275 CC)¹⁶¹.

el resultado como de probable producción, sino que es preciso que, además, se diga: “aun cuando fuere segura su producción, actuaría” (fórmula de FRANK)» e imprudencia «si el autor, de haberse presentado el resultado como de segura producción, hubiera dejado de actuar».

¹⁵⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 122, recoge esta distinción: «El vicio causal basado en la oposición de los motivos a la ley no debe confundirse con la propia ilicitud del negocio, que se resolvería conforme al artículo 6.3 del Código. Se refiere la oposición tanto al texto de la norma como al espíritu de la misma». Sigue en este punto a CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «art. 1274», pp. 572 y ss. Vid. también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 282-283. CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 745 y 752-753.

¹⁶⁰ Entre otros, DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», pp. 416-417; y JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», pp. 1048 y ss. En esta línea, FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, objeto y causa/consideration», pp. 399-434, considera que la función de la causa se reduce en la actualidad a los contratos simulados.

¹⁶¹ ALONSO PUIG, José María, «Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil», CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 153-172, en pp. 153-154, «Hay que distinguir entre “contratos objetiva o típicamente

La distinción entre negocios prohibidos con y sin causa ilícita implica –en síntesis- que los negocios prohibidos con causa ilícita son totalmente ineficaces (el artículo 1275 CC da lugar a la nulidad absoluta del contrato: «no producen efecto alguno») y sólo se puede reclamar lo dado –en el ámbito de la acción restitutoria- si se actuó sin culpa (artículos 1303 CC en relación con los artículos 1305 y 1306 CC); mientras que los negocios prohibidos con causa lícita pueden ser total o parcialmente ineficaces (artículos 6.3 y 1255 CC) y, en su caso, darán lugar a la recíproca restitución de las prestaciones (artículo 1303 CC).

La declaración de nulidad impide que el negocio produzca efectos jurídicos, sin que ello implique que lo haga siempre con el mismo alcance: la ineficacia del negocio prohibido con causa lícita es estructural, automática, absoluta, definitiva, total o parcial y originaria o sobrevenida; sin embargo, si la causa del negocio es ilícita (propósito ilícito) la ineficacia es prácticamente idéntica pero sólo puede ser total (se excluye la ineficacia parcial). Cuando existe un propósito común ilícito la ineficacia alcanza a todo el negocio.

La acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad depende del grado de culpabilidad de las partes que hayan intervenido con respecto al propósito ilícito: cuando ninguna de las dos partes haya contratado movida por un propósito ilícito (negocio prohibido con causa lícita), procederá la recíproca restitución de lo que se haya entregado (artículo 1303 CC); cuando exista un propósito ilícito (causa ilícita) pero las partes hayan actuado sin culpa, también procede la recíproca restitución (artículo 1303 CC); y, finalmente, cuando una o más partes sean culpables de la causa ilícita (causa torpe), la parte o partes culpables no podrán obtener la restitución de lo entregado, pero la parte que haya actuado sin culpa (no ha consentido libremente) podrá obtener la restitución (artículo 1305 y 1306 CC).

La PMDOC ha tratado de aproximar nuestro Código al marco europeo, cada vez más anticausalista. Sin embargo, su artículo 1238 mantiene la exigencia de «causa

ilícitos” y “contratos con causa ilícita”. a) En el primer caso –los que llamaremos “contratos ilícitos” sin más-, se trata de una ilicitud intrínseca, que se produce cuando un contrato se presenta, en su estructura o función abstracta o típica, como ilegal, inmoral o contrario al orden público. La base normativa de esta categoría se encuentra en el inciso final del artículo 1255 del Código Civil español. (...). b) En los “contratos con causa ilícita”, la ilicitud obedece a razones extrínsecas: es la concreta finalidad perseguida por las partes con un contrato típicamente (estructural y funcionalmente) lícito la que lo tiñe de ilicitud, por ser dicha finalidad la de vulnerar o defraudar una ley, o la de realizar una actividad o conseguir un resultado contrario a las exigencias éticas fundamentales de las sociedad española. La base normativa de esta categoría, así como la sanción general de los contratos con causa ilícita se encuentra en el artículo 1275 CC». No obstante, este autor matiza la separación entre «contrato ilegal» (artículo 1255 y 6.3 CC) y «contrato con causa ilícita» (artículo 1275 CC) admitiendo la aplicación del artículo 1306 CC (causa torpe) en ambos casos.

lícita»¹⁶². Las conclusiones que acabamos de exponer sobre la causa podrían trasladarse -con algunos matices - a la nueva redacción que se propone.

El concepto de causa se recoge en los apartados 3º y 4º del artículo 1238 PMDOC. El apartado 3º se refiere a la vertiente subjetiva: «El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado». El apartado 4º, a la vertiente objetiva: «Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado». La nueva redacción es compatible con la noción de causa concreta a la que nos venimos refiriendo.

Con respecto a la causa ilícita, el apartado 1º del artículo 1238 PMDOC dispone: «Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral». Esta regla coincide con la prevista en el artículo 1275 CC («Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral»). El primer apartado del artículo 1238 PMDOC se completa indicando que «Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo».

El artículo 1238 PMDOC armoniza y simplifica la regla prevista en los artículos 1305 y 1306 CC: regula los contratos sin causa y los contratos con causa ilícita y sus efectos en un único precepto (frente a la regulación actual, que se recoge en los artículos 1275, 1305 y 1306 CC); y niega la posibilidad de repetir a los sujetos que actuaron con el mismo grado de torpeza. La principal crítica que podría hacerse es que la nueva redacción no alude los supuestos en los que las partes actúan con distinto grado de torpeza. No obstante, cabe interpretar que del mismo modo que se niega la repetición entre torpes (consienten libremente, actúan con culpa), debe negarse la repetición a favor del torpe (culpable) que contrató con un sujeto que no consintió libremente la ilicitud causal (inocente).

¹⁶² Artículo 1238 PMDOC: «1. Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo».

2. Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras no se pruebe lo contrario. 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.

3. El régimen jurídico aplicable a cada contrato es el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordado por las partes, cualquiera que sea el nombre asignado o el tipo utilizado.

4. Cuando un contrato contenga elementos de diversos contratos típicos, se aplicarán conjuntamente las disposiciones relativas a estos contratos en aquello que se adecue con la causa del contrato celebrado».

En los negocios con causa ilícita la ilicitud proviene de la finalidad empírica que las partes persiguen con él (conocen y quieren los elementos del ilícito) y la torpeza de su culpabilidad con respecto a la ilicitud causal (consentimiento libre o viciado).

2.3. La distinción con el objeto ilícito: los intereses que se reglamentan en el negocio

El artículo 1271 CC dispone que «puede ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres» y «todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Las cosas objeto de un contrato -o negocio- no son *per se* lícitas o ilícitas, sino que lo lícito o ilícito es traficar o comerciar con ellas. La licitud de las cosas se refiere a su «comercialidad o comerciabilidad»; y aplicada a los servicios, se concreta en la «conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes»¹⁶³.

El objeto del contrato –entendido éste como negocio jurídico bilateral de contenido patrimonial- es «la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide» o, si se prefiere, «los intereses de las partes que el negocio está llamado a reglamentar»¹⁶⁴. A esto es a lo que se refiere el artículo 1271 CC cuando indica que sólo pueden ser objeto de contrato «las cosas que no están fuera del comercio de los hombres» y «los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Si comprendiese alguna de estas cosas o servicios sería ilícito. Este planteamiento puede trasladarse a otros negocios jurídicos como puedan ser los acuerdos o las decisiones de empresas. Al igual que sucede en los contratos, el objeto será el interés o intereses que las partes quieren reglamentar, con las dos excepciones que venimos indicando.

Con respecto a la primera excepción, la doctrina distingue las cosas fuera de comercio a las que se refiere el artículo 1271 CC de las que están prohibidas por una disposición legal. Bajo el concepto de extracomercialidad se sitúan los bienes de dominio público (artículo 339 CC)¹⁶⁵, las cosas que no son susceptibles de apropiación

¹⁶³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 250. En Italia, en un sentido parecido, GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 269-270, señala que «el objeto es ilícito cuando la cosa objeto del contrato sea el producto o el instrumento de actividades contrarias a normas prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres, como en el caso de venta de cosas robadas o de sustancias estupefacientes; o cuando la prestación surgida del contrato constituya, en sí misma, una actividad prohibida, como el contrato de trabajo para la ejecución de una prestación prohibida (art. 2.126, apartado 1º).

¹⁶⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 234.

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 250, incluye los bienes de dominio público a los que hace referencia el artículo 339 CC (bienes destinados al uso público, a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional) bajo el concepto de extracomercialidad. RAMS ALBESA, Joaquín, «El objeto ilícito en los contratos», *Las nulidades de los contratos: un sistema en*

(por ejemplo, el aire, la luz...) y los bienes no incluidos en el patrimonio y por tanto sustraídos de la libre disponibilidad de los particulares (por ejemplo, derechos de la personalidad). Las cosas cuyo comercio se encuentra prohibido por disposición legal, imponen una extracomercialidad en determinadas circunstancias (por ejemplo, comercio de armas para quien no tiene licencia). Si las mercaderías no cumplieren las condiciones legales para su venta, habría que determinar si la ilicitud del objeto constituye un delito o falta o simplemente resulta contrario a una norma legal o a la moral¹⁶⁶: si constituye delito o falta, el negocio tendría una causa y un objeto ilícito, por lo que se aplicaría el artículo 1305 CC; pero si no constituye delito o falta, se plantea la duda de si deben aplicarse los artículos 1275 y 1306 CC, o el artículo 1271 y el artículo 1303 CC¹⁶⁷. Algunos autores han señalado que la extracomercialidad relativa no constituye un supuesto de objeto ilícito; las cosas fuera de comercio por una prohibición legal no son *per se* lícitas o ilícitas, su extracomercialidad se produce sólo en determinadas circunstancias (a diferencia de la ilicitud objetiva)¹⁶⁸. Desde esta perspectiva, el objeto sería lícito y el negocio prohibido podría tener una causa lícita o ilícita.

Algo parecido sucede con la exigencia de legalidad y moralidad de los servicios objeto del negocio, que impone la necesidad de establecer un juicio de valor sobre si tales servicios son legales o inmorales (por ejemplo, el arrendamiento de servicios hecho de por vida)¹⁶⁹.

No obstante, si se considera que el objeto de la obligación consiste en «la prestación prometida», mientras que el objeto del negocio es «la operación jurídica considerada»¹⁷⁰, se podría llegar a afirmar la ilicitud del objeto de los negocios que

*evolució*n, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 139-162, en p. 155, excluye el dominio público natural de la extracomercialidad, argumentando que los bienes de dominio público que no cumplen su función pueden ser desafectados por los actos de los particulares, por lo que en rigor son prescriptibles en cuanto a su afectación (treinta años de dedicación a un uso privativo) y desde ese momento susceptibles de usucapición ordinaria como bienes de dominio privado y, por tanto, objeto de tráfico privado. Además, señala que «las cosas de dominio público constituyen objeto idóneo para un buen número de contratos de distinto fin a través de los cuales es posible la generación de derechos reales limitados de goce».

¹⁶⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, pp. 186 y ss., pone como ejemplo la obligación de asesinar y la de no asesinar por dinero: en el primer caso, considera que el objeto y la causa están viciados; en el segundo, sólo estaría viciada la causa.

¹⁶⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 211-216.

¹⁶⁸ Vid. por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 250.

¹⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 251.

¹⁷⁰ En este sentido, el objeto del contrato se configura en Francia a partir del artículo 1126 del *Code Civil* («*Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire*»; en español, «Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar, o que una parte se obliga a hacer o a no hacer»). Con carácter general, se considera que el referido objeto es la creación de la obligación y que el objeto de la obligación es la prestación debida. No obstante, algunos autores sostienen que el objeto de la obligación consiste en «la prestación prometida», mientras que el objeto del contrato es «la operación jurídica considerada» (MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, pp. 260-261). De acuerdo con este planteamiento, las partes pueden obligarse siempre que respeten las reglas «que interesan al orden público y a las buenas costumbres» (artículo 6 *Code Civil*: «*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*»).

tienen por objeto una operación ilícita¹⁷¹. En este caso, la ilicitud del objeto daría lugar a la aplicación del artículo 1305 CC, cuando constituya un delito o falta común a ambos contratantes; y del artículo 1303 CC, cuando el objeto ilícito (ilegal y/o inmoral) no sea delictivo (el artículo 1306 CC se refiere exclusivamente a la causa torpe, por lo que no puede aplicarse a los negocios en los que la ilicitud del objeto no constituya delito o falta).

Por nuestra parte, entenderemos –por las razones que se han indicado– que el objeto del contrato son los intereses de las partes (cosas o servicios) que se reglamentan en el negocio.

III. La finalidad de esta nulidad

La finalidad de la nulidad «consiste en la supresión de los efectos jurídicos del acto en la medida necesaria para el restablecimiento de la legalidad transgredida durante su conclusión» (finalidad objetiva). La nulidad comprende el restablecimiento de la legalidad (aspecto positivo) y la desaparición de los efectos jurídicos (aspecto negativo); y de ella puede derivarse la restitución de las cosas que se hayan entregado (si es que se entregó algo) para suprimir los efectos materiales y restablecer el equilibrio patrimonial de las partes (finalidad subjetiva)¹⁷².

Los negocios que van más allá de los límites de la autonomía de la voluntad (las leyes, la moral y el orden público) plantean ciertas dudas cuando además tienen una causa ilícita. Algunos autores sostienen que la nulidad prevista en nuestro Código se vincula de una u otra forma al sistema causalista: la nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas prevista en el artículo 6.3 CC sería un supuesto de causa ilegal; y la prohibición de los pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público (artículo 1255 CC) se asociaría a los supuestos de causa ilícita¹⁷³. Para otros hay que diferenciar la nulidad de los contratos o negocios con causa ilícita (artículo 1275 CC) de otros supuestos como la nulidad de los actos que

Cuando el contrato tenga un objeto contrario al orden público o a las buenas costumbres, sería nulo de pleno derecho (MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, pp. 130 y ss.).

¹⁷¹ En Italia, GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 270, plantea: «El juicio de ilicitud no atiende, pues, al objeto en abstracto, identificado por la definición legal del tipo contractual, sino al objeto en concreto, esto es a aquel que las partes han contemplado como objeto de un determinado tipo de contrato. De este modo la jurisprudencia puede considerar nulo por ilicitud del objeto el acuerdo de la Junta que apruebe un balance falso, teniendo en consideración no el objeto abstracto del acuerdo (el balance), sino su objeto concreto (un balance cuya redacción viole el principio de veracidad)».

¹⁷² Así lo entiende, en Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 350-371 y 596.

¹⁷³ Entre otros, DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», pp. 416-417; y JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», pp. 1048 y ss.

sean contrarios a las normas imperativas y prohibitivas (artículo 6.3 CC) o de los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público (artículo 1255 CC), cuya invalidez operaría de forma independiente a la causa del contrato o negocio¹⁷⁴. Este último planteamiento es el que se sigue –al menos parcialmente– en esta obra. Los negocios prohibidos pueden serlo por la ilicitud de su contenido y/o de su causa. El control del contenido del negocio diverge del control de los propósitos e intenciones de las partes¹⁷⁵.

Las características de la ineficacia de los negocios prohibidos con causa ilícita son distintas de las que presentan los negocios prohibidos con causa lícita. Como ya se ha indicado: 1º) la ineficacia de los negocios prohibidos con causa lícita es estructural, automática, absoluta, definitiva, total o parcial y originaria o sobrevenida; y 2º) la ineficacia de los negocios prohibidos con causa ilícita (propósito ilícito) es prácticamente idéntica pero sólo puede ser total (se excluye la ineficacia parcial).

1. Ineficacia estructural

La declaración de nulidad tiene como finalidad eliminar los efectos que haya generado un negocio prohibido y/o con causa ilícita, esto es, la ineficacia del negocio (supresión de los efectos jurídicos). Los negocios prohibidos no son ineficaces porque no produzcan efectos, sino porque el ordenamiento jurídico prevé que no deben producirlos o, al menos, no los queridos por el autor o las partes del mismo. La nulidad del negocio es un supuesto de invalidez, o si se prefiere, de ineficacia por invalidez del negocio (o de una parte de éste), que tiene su origen en una irregularidad intrínseca o estructural que se produce porque éste infringe el ordenamiento jurídico y, en algunos casos, tiene además una causa ilícita.

La distinción entre la ineficacia estructural y la ineficacia funcional tiene su raíz «en la razón o causa determinante de la ineficacia»: 1º) la ineficacia estructural afecta a los negocios defectuosos, viciados o imperfectos, que adolecen de una irregularidad que radica en su estructura misma; y 2º) la ineficacia funcional se proyecta sobre los negocios que se han formado regularmente que contribuyen a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el derecho no pueda consolidar¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Vid. en este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 282-283; SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 122; y CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, «Art. 1275», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Revista Derecho Privado*, t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid, pp. 572 y ss.

¹⁷⁵ SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *Indret*, Barcelona, 2013, pp. 1-36, <http://www.indret.com/es/>, p. 12.

¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 569.

La ineficacia estructural afecta a los negocios defectuosos (aquellos en los que falta alguno de los requisitos esenciales que se recogen en el artículo 1261 CC, esto es, consentimiento, objeto y causa; o que la ley pueda exigir para el negocio que se trate), a los negocios viciados (aquellos que aun cumpliendo los requisitos esenciales están afectados por algún vicio del consentimiento o defecto de capacidad conforme a lo dispuesto en los artículos 1263 y 1265 CC), a los negocios imperfectos o incompletos (aquellos que se celebraron sin la preceptiva autorización) y a los negocios prohibidos (aquellos que tienen causa ilícita de acuerdo con el artículo 1275 CC o que traspasan los límites de la autonomía privada previstos en el artículo 1255 CC, en relación con el artículo 6.3 CC)¹⁷⁷, siendo este último el supuesto que nos ocupa.

La ineficacia funcional se proyecta sobre los negocios que, a pesar de haber sido regularmente celebrados, no pueden desplegar los efectos negociales proyectados porque contribuyen a la producción de un resultado contrario a Derecho. Este tipo de ineficacia se produce principalmente en el caso de los negocios celebrados en daño o perjuicio de tercero, en fraude de acreedores (apartado 3 del artículo 1.291 CC), o que determinan una lesión económica susceptible de rescisión (apartados 1 y 2 del artículo 1.291 CC)¹⁷⁸.

Las características de la ineficacia de los negocios prohibidos se definen a partir de los presupuestos previstos en nuestro Derecho para la eliminación de los efectos jurídicos del negocio inválido. Es ahí donde el legislador modera la ineficacia atendiendo a su mecanismo de producción (ineficacia automática o provocada); la legitimación para hacerla valer (ineficacia absoluta o relativa); a si deben eliminarse todos o parte de los efectos producidos (ineficacia total o parcial); al origen del vicio (ineficacia originaria o sobrevenida); y a la posible o imposible corrección de las circunstancias anormales (ineficacia sanable o no sanable).

La ineficacia de estos negocios varía en función de la licitud o ilicitud de la causa: los negocios prohibidos con causa ilícita dan lugar a una ineficacia estructural, automática, absoluta, definitiva, originaria (o sobrevenida) y total; y los negocios prohibidos con causa lícita admiten además una ineficacia parcial.

2. Ineficacia automática

La ineficacia automática o provocada se refiere «al mecanismo de producción o de actuación de la ineficacia»¹⁷⁹. La ineficacia automática se produce «por la fuerza misma del ordenamiento jurídico y sin necesidad de ningún otro requisito adicional»,

¹⁷⁷ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 22-23.

¹⁷⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 22-23.

¹⁷⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 567.

opera *ipso iure*, por obra del Derecho, o «de pleno Derecho» (como dispone el artículo 6.3 CC). Por su parte, la ineficacia provocada se produce «cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada»¹⁸⁰.

Los negocios prohibidos son inválidos y deben ser ineficaces desde su aparición (la sentencia que declare su nulidad no haría más que comprobar o verificar que el negocio es realmente nulo); cualquier persona puede instar la declaración de nulidad (el necesario control de la autonomía privada así lo impone); y la intervención de los órganos jurisdiccionales estatales se produce ante la resistencia de quienes defienden la validez del negocio o porque se quiera desarmar la apariencia de validez que pueda haber adquirido un determinado negocio.

El carácter automático de la ineficacia de los negocios prohibidos implica que la invalidez se puede hacer valer por acuerdo entre las partes (nulidad mutuamente aceptada); o a falta de acuerdo, en la vía judicial, de forma extrajudicial (principalmente, por medio del arbitraje).

La ineficacia automática de los negocios prohibidos permite que sean las propias partes quienes, de mutuo acuerdo, decidan hacer valer la nulidad del negocio y así eliminar sus efectos jurídicos (ineficacia) y materiales (restitución). El acuerdo entre las partes no haría más que constatar un vicio en la formación del negocio que afecta al interés general y restaurar en consecuencia el equilibrio económico de las partes¹⁸¹.

Este carácter automático de la ineficacia de los negocios prohibidos se relativiza cuando una o ambas partes se niegan a reconocerla y se plantea la cuestión de cómo hacerla valer, lo que conduce a la necesidad de acudir a un tercero¹⁸². La declaración de la nulidad en la vía judicial o extrajudicial suele producirse cuando se ha llevado a cabo un negocio en el que las partes deben realizar o han realizado prestaciones recíprocas: en el primer caso se alegará la nulidad para no realizar la prestación; y en el segundo, para recuperar lo entregado¹⁸³. No hay que olvidar que la intervención del juez o del árbitro no sólo sirve para declarar la nulidad sino que además justifica, en su caso, el

¹⁸⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 565-566.

¹⁸¹ Con respecto a la posibilidad de anulación amistosa, vid. JAPIOT, René, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909, pp. 487-489.

¹⁸² GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 490, apunta que «La posibilidad de una anulación amistosa, convencional, entre las dos partes, propuesta antaño, ha sido abandonada como consecuencia de las críticas incurridas por el sistema alemán sobre declaración de la nulidad por las partes. Este sistema engendra, en efecto, muchas incertidumbres en cuanto a la existencia misma de la declaración o en cuanto a lo bien fundado de la anulación».

¹⁸³ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1956, p. 830.

ejercicio de la acción restitutoria, en los términos previstos en los artículos 1303 y ss. CC.

La declaración judicial de la nulidad suele pedirse como instrumento para obtener la restitución de lo que se entregó en virtud del negocio prohibido (si es que se entregó algo), por medio de la acción restitutoria, y/o, en su caso, una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan derivado; o por vía de excepción, para evitar el cumplimiento de un negocio nulo y hacer valer los efectos derivados de la ineficacia. A diferencia de la acción declarativa de la nulidad, la acción restitutoria constituye una «pretensión sustantiva dirigida a lograr la restitución de las prestaciones realizadas en atención al contrato inválido»¹⁸⁴. Esta acción puede ejercitarse junto a la acción declarativa de la nulidad o después de que ésta haya sido declarada, en los términos que se prevén en nuestro Código Civil. La alegación de la nulidad como excepción o, en su caso, en la reconvenición, tendrá por objeto evitar el cumplimiento de un negocio prohibido. Además, si se hubiese cumplido una parte, también podría ejercitarse la acción restitutoria para que se proceda a la restitución de las cosas que se hubiesen entregado.

La declaración extrajudicial de la nulidad puede producirse, por ejemplo, cuando el asunto se sujete a arbitraje. El carácter automático de la nulidad determina que los árbitros que conozcan un negocio prohibido tengan que declarar su invalidez aunque nadie lo haya pedido. Para que el laudo sea válido debe respetar las normas imperativas y de orden público de los Estados miembros y, en particular, el carácter automático de la ineficacia de los negocios prohibidos.

3. Ineficacia absoluta

La doctrina suele diferenciar entre la ineficacia absoluta y la ineficacia relativa de un determinado negocio en función del «círculo de personas o de intereses que quedan afectados por ella»: la ineficacia es absoluta cuando el negocio no puede producir efectos para ningún sujeto (negocio nulo, ineficaz para todos); y es relativa cuando sólo pueda desplegar sus efectos con respecto a un grupo de personas o intereses (negocio anulable, ineficaz para algunos)¹⁸⁵.

La nulidad produce una ineficacia absoluta, de ahí que se pueda hacer valer por las partes (nulidad mutuamente aceptada) o por cualquiera que tenga un interés legítimo en ella; y a falta de acuerdo, en la vía judicial o de forma extrajudicial (por ejemplo, el

¹⁸⁴ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 65.

¹⁸⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 567.

supuesto del arbitraje), reconociéndose su apreciación de oficio por la persona u órgano que esté conociendo el asunto.

3.1. Legitimación activa

La nulidad de los negocios prohibidos puede invocarse: 1º) por las partes intervinientes; 2º) por aquellos que tengan interés en su declaración; y 3º) por el juez o árbitro, de oficio.

En primer lugar, la nulidad se puede hacer valer por cualquiera de las partes y, en su caso, por sus herederos. La doctrina afirma que esta acción se transmite a los causahabientes, por la muerte de su titular, y califica la nulidad como un derecho pecuniario -pensando sobre todo en la restitución derivada de la nulidad- que forma parte del patrimonio de los herederos (tienen un interés legítimo en su declaración)¹⁸⁶.

La nulidad absoluta puede invocarse por la parte que la haya causado voluntariamente. La ilicitud de su propia conducta le permite sustraerse de sus efectos alegando la nulidad del negocio prohibido. No puede admitirse la aplicación de la doctrina de los actos propios porque implicaría dar validez a un negocio nulo¹⁸⁷. Tampoco se considera que esta forma de proceder constituya un abuso de derecho (artículo 7 CC)¹⁸⁸, puesto que la nulidad operaría sin perjuicio de las reglas que rigen para la acción restitutoria.

La nulidad del negocio no lleva implícita la restitución de lo que se haya entregado. Puede suceder que la parte que pide la nulidad no obtenga la restitución y además no pueda reclamar el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. Como veremos más adelante, cuando el negocio prohibido tiene una causa torpe, el sujeto o sujetos a los que se pueda atribuir la torpeza no podrán repetir lo que hubiesen dado ni pedir el cumplimiento de lo que se les hubiera ofrecido; mientras que el que fue extraño

¹⁸⁶ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 501-502.

¹⁸⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 108 y ss., señala sobre la doctrina de los propios actos que «cuando a un litigante se le dice que no puede “ir contra sus propios actos”, lo que se le dice es que no puede sostener, en el proceso, una afirmación distinta de la que en el mundo sostuvo con su conducta, porque, y esto es también muy importante, esta conducta anterior de la persona, que impide la contradicción, no se toma en su alcance jurídico sustantivo, como acto creador de derechos o de obligaciones, sino en lo que ha tenido de afirmación, de un definirse de la persona respecto a la situación jurídica» (citado por PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 246 y ss.). Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 158. En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 507.

¹⁸⁸ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 683; y RODRÍGUEZ-SASTRE, Iñigo, «Disposición adicional primera», ODRIOZOLA ALÉN, Miguel (dir.) *Derecho español de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1173-1221, en p. 1185.

a la causa torpe podrá reclamar lo dado sin tener que cumplir lo que ofreció (artículo 1306 CC).

En segundo lugar, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que cualquier particular que muestre un interés legítimo puede hacer valer la nulidad de un negocio nulo¹⁸⁹. En particular, se afirma que el interés debe residir en que el negocio nulo suponga un obstáculo o perjuicio al ejercicio de algún derecho del tercero¹⁹⁰. En este sentido, los acreedores de las partes que han intervenido en el negocio y todos aquellos sujetos que estén interesados en su nulidad ostentan legitimación activa¹⁹¹.

La nulidad puede afectar a los intereses de un determinado colectivo. En estos casos, el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)¹⁹² legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas «para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios» (en relación con los artículos 7.7 LEC y 7.3 Ley Orgánica del Poder Judicial o LOPJ¹⁹³, que deben conectarse con los artículos 221 y 519 LEC y 24 TRLGDCU). Por esta vía, la legitimación activa podrá recaer en manos de asociaciones de consumidores y usuarios, sin perjuicio de que en un futuro se extiendan a otros sujetos. Las acciones colectivas y de representación son objeto de debate en la UE como medio para mejorar la reparación de los consumidores¹⁹⁴.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria (LH)¹⁹⁵ atribuye competencia al Registrador de la Propiedad para calificar de oficio la validez de los actos dispositivos que se contengan en una escritura pública. El Registrador podría «no dar curso» a los negocios prohibidos. El control de conformidad

¹⁸⁹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, pp. 99-103 y ss.; y, en Francia, GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, pp. 911 y ss. La STS nº 540/2000, de 2 de junio de 2000, *D. Rafael c. Distribuidora Industrial, S.A. (Disa) y Prodalca España, S.A.* recoge este supuesto.

¹⁹⁰ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 100; y PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 225-246.

¹⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 482 señala que además de los directamente afectados pueden tener un interés legítimo «los obligados solidariamente (fiadores o quienes hayan prestado garantía real a favor de otro), titulares de derechos reales afectados por otro derecho real (usufructo, servidumbre, censos, segundas hipotecas), acreedores perjudicados (sin necesidad de acudir al art. 1.291 CC), legitimarios, retrayentes, arrendatarios, subarrendatarios, comuneros, supuestos de colisión de derechos (doble venta), etc.». En Francia, vid. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 507-508.

¹⁹² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 7, de 8 de enero de 2000).

¹⁹³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 157, de 2 de julio de 1985).

¹⁹⁴ Vid. la Recomendación sobre acciones colectivas de 2013 y el «Libro Verde sobre el Recurso Colectivo en el Ámbito de los Consumidores». COM (2008) 794 definitivo, 27-11-2008 y Comisión Europea, «Seguimiento del Libro Verde sobre el recurso colectivo en el ámbito de los consumidores», disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_con/docs/consultation_paper2009.pdf.

¹⁹⁵ Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE 58, de 27 de febrero de 1946).

no da lugar a una declaración de nulidad¹⁹⁶. No obstante, puede tener especial interés cuando un negocio coligado que lleva implícita la inscripción de alguno de los negocios individuales que lo componen llega a manos del Registrador. Si este último llega a conocer la operación en su conjunto no debería dar curso al negocio individual que se pretende registrar.

La ampliación de la legitimación activa multiplica las posibilidades de que el negocio que no debió nacer sea tratado efectivamente como nulo¹⁹⁷, sin que surja un derecho del tercero (ajeno al mismo) a pedir la restitución de las prestaciones que se hayan entregado en virtud del mismo, ni para sí, ni en beneficio de las partes.

Finalmente, también se admite que el juez que conozca un determinado asunto pueda apreciar de oficio la nulidad de un negocio prohibido¹⁹⁸. Durante los primeros años de vigencia del Código Civil no se admitía la apreciación de oficio de la nulidad, de modo que, en consonancia con los principios de justicia rogada y congruencia que presiden el proceso civil, no podía ejercitarse en juicio una acción cuyo éxito dependiese de la nulidad de un contrato si no se había ejercitado la acción adecuada para obtenerla previa o conjuntamente¹⁹⁹.

Esta jurisprudencia se ha ido atenuando hasta la admisión de la apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho en determinados supuestos excepcionales²⁰⁰. Aunque algunas sentencias la rechazan argumentando que «la apariencia de validez que crea un negocio jurídico hace indispensable destruirla, previa invocación por la parte, si constituye obstáculo al ejercicio de un derecho»²⁰¹, se permite la declaración de oficio de la nulidad de los negocios cuando estos son manifiestamente contrarios a la ley, la moral o al orden público²⁰²; y se pone de manifiesto la necesidad de armonizar la

¹⁹⁶ CARRASCO, *Derecho de contratos*, pp. 692-693.

¹⁹⁷ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 99.

¹⁹⁸ Vid., por todos, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 482.

¹⁹⁹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 104, recuerdan que durante los primeros años de vigencia del Código Civil español el Tribunal Supremo sostenía que «cuando la resolución de un litigio se hace depender de la nulidad de un acto u obligación debe solicitarse que ésta se declare previa, expresa y directamente (STS de 7 y 18 de abril de 1892, 19 de febrero de 1897, 31 de enero de 1896 y 11 de junio de 1897), de modo que no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad del contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla (S. 18 de enero 1904)».

²⁰⁰ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 103-116, desarrollan la evolución la apreciación de oficio de la nulidad desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y ponen de manifiesto su carácter excepcional.

²⁰¹ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, p. 265, cita las STS de 23 de junio y 4 de noviembre de 1969 y de 31 de diciembre de 1949, 15 de octubre de 1957 y 16 de mayo de 1970.

²⁰² CARRASCO, *Derecho de contratos*, p. 40, señala –con carácter general– que «se ha limitado la apreciación de oficio a los pactos “manifiesta y notoriamente contrarios a la moral y al orden público”, a que la nulidad sea “suficientemente clara y patente (...) así cuando aparezca con relieve la carencia de cualquiera de los elementos integrantes del contrato establecidos en el art. 1261 CC (...) o el contrato recaiga sobre objeto *extra commercium*”, a que se trate de “actos nulos de pleno derecho”, a que se

congruencia y la regla *iura novit curia*, de forma que el juez, sin apartarse de la causa de pedir, pueda resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas²⁰³.

La doctrina italiana también afirma que la declaración de oficio de la nulidad debe coordinarse con los principios del *Codice di Procedura Civile* y, en particular, con los principios de la demanda (artículo 99), congruencia (artículo 112) y disponibilidad de las pruebas (artículo 115). El juez no puede declarar de oficio la nulidad del negocio si su validez es el elemento constitutivo de la demanda y entre las partes existe discusión sobre su aplicación o sobre su ejecución; o si la parte interesada ha formulado otro remedio distinto (anulación o resolución) o ha demandado la declaración de nulidad por cualquier otra causa. Sólo puede apreciarla de oficio cuando su causa proviene de documentos y no precisa investigación posterior, siempre que el juez de grado inferior no se haya pronunciado sobre la validez del mismo²⁰⁴.

Por nuestra parte, entendemos que la nulidad debe apreciarse de oficio, en la primera o en la segunda instancia, con independencia de la causa de pedir, cuando el negocio vaya más allá de los límites de la autonomía privada (ley, moral, orden público). Detrás de estos límites se encuentra, al fin y al cabo, el origen y el fundamento de nuestro Derecho. Otra cuestión distinta sería la legitimación activa para el ejercicio de la acción restitutoria (eliminación de los efectos materiales del negocio) derivada de la nulidad que, obviamente, debería sujetarse a las reglas y principios a los que se ha hecho referencia.

observe un “atentado flagrante al orden jurídico”». Vid. también, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 103-116; BELLO JANEIRO, Domingo, *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 62, nota a pie de p. 52; CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 6º-3 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), t. I. vol. 1, Edersa, Madrid, 1992, p. 782, nota pie de p. 26; y GORDILLO, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», p. 967.

²⁰³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Comentario al artículo 5», DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, (dir.), *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, p. 386. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 109, citan entre otras, las STS de 7 de julio de 1978, 31 de diciembre de 1979, 27 de noviembre de 1984, 30 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1997.

²⁰⁴ En Italia, GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 316-317, establece estas reglas de coordinación y cita, como referencia, las siguientes sentencias: Cass., 12 de Diciembre de 1986, n. 7.402, *Mass. Foro it.*, 1986; Cass., 29 de Noviembre de 1985, n. 5.958, *iv*, 1958; Cass., de 8 de noviembre de 1979, n. 5.766, *Mass. Foro it.* 1979; Cas., 18 de Abril de 1970, n. 1.127, *Foro it.*, 1970, I; Cas., 12 de Diciembre de 1986, n. 7.402, *Mass. Foro it.*, 1986; Cass., 15 de marzo de 1986, n. 1.768, *Mass. Foro it.*, 1986; y Cass. 5 de Julio de 1984, n. 3.931, *Mass. Foro. it.*, 1984). En esta línea, en Francia se admite que el ministerio público pueda intervenir como parte coadyuvante en un proceso sobre la nulidad o validez de un contrato o que el juez pueda pronunciar de oficio la nulidad, pero se afirma que «el ministerio público no puede actuar por sí mismo, como parte principal, salvo que se trate de una nulidad que afecte al orden público», y «el juez no puede de oficio asumir la acción de nulidad absoluta» (vid. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 498-499).

3.2. Legitimación pasiva

La nulidad se dirigirá contra quien sostenga u oponga la validez del negocio prohibido²⁰⁵. Con carácter general, el Tribunal Supremo ha señalado que tienen legitimación pasiva -y por tanto deben participar en el proceso- todos los interesados, entendiendo por interesados, a estos efectos: 1º) los que intervinieron en el negocio y sus herederos (o sociedades que hayan «sucedido» a la que contrató); 2º) los que se beneficiaron del mismo; y 3º) los causantes de la nulidad²⁰⁶. No obstante, se considera que es suficiente con dirigir la pretensión contra quienes han sido parte del contrato para evitar su indefensión²⁰⁷. Si se alega la nulidad en la demanda reconvencional, ésta podrá dirigirse contra personas que originariamente no fuesen demandantes pero que se encuentren en situación de litisconsorcio²⁰⁸.

Los sujetos con legitimación pasiva serán conocidos cuando el solicitante de la nulidad haya participado en el negocio prohibido; o un tercero perjudicado por el negocio haya tenido acceso al mismo o a información sobre la infracción que instrumenta. En el primer caso, el afectado podrá identificar a los sujetos con legitimación pasiva. En el segundo supuesto, los terceros ajenos al negocio lo tendrán más difícil.

4. Ineficacia total o parcial

La ineficacia total implica la eliminación de todos y cada uno de los efectos jurídicos del negocio; mientras que la ineficacia parcial sólo daría lugar a la eliminación de los efectos jurídicos ilícitos, sin perjuicio de la eficacia del resto del negocio. La primera –ineficacia total- se origina cuando no es posible aislar y eliminar la parte ineficaz. La segunda –ineficacia parcial- se produce «cuando la ineficacia no afecta a la totalidad de los efectos o consecuencias típicas o normales del negocio, de modo que el negocio produce los efectos proyectados por las partes, pero no los produce en toda su plenitud o integridad, o de un modo completo o total, sino sólo en parte o con una

²⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 483.

²⁰⁶ Por todas, la STS 9 de noviembre de 1961: «son interesados para estos efectos los intervinientes en el negocio que se ataca de nulo; sus herederos; los que obtuvieron beneficios económicos de dicho negocio, y los causantes de la nulidad, pues si así no se exigiera, como la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes, se podría dar el contrasentido de que un negocio jurídico determinado podría ser nulo para uno de los interesados en él y válido para otro, si éste no fue llamado al proceso en que se obtuvo la declaración de nulidad, lo que iría contra todo raciocinio lógico, que impide que un negocio jurídico sea válido y nulo al mismo tiempo».

²⁰⁷ Por todos, BELTRÁN LÓPEZ DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 33.

²⁰⁸ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 178 y ss.

menor extensión de la prevista por las partes o autor del negocio al tiempo de su celebración»²⁰⁹.

La ineficacia de los negocios prohibidos puede ser total o parcial en función de la ilicitud o la licitud de su causa: cuando el negocio prohibido tiene causa ilícita, la ineficacia es total (el propósito común ilícito afecta a la totalidad del negocio); sin embargo, cuando tiene una causa lícita, puede ser total o parcial (el propósito común es lícito, por lo que la ilicitud extrínseca del negocio afectará a la totalidad o parte del mismo en consonancia con el espíritu de la regla infringida).

La ilicitud de la causa determina la ineficacia total del negocio o los negocios afectados por un propósito común ilícito. En este sentido, podemos encontrar tres supuestos distintos: 1º) negocios prohibidos con causa ilícita; 2º) negocios conexos que tengan como presupuesto la validez de un negocio prohibido, de forma que su causa consista en llevar a cabo el negocio principal; o 3º) negocios coligados instituidos por voluntad de las partes que se integren o formen parte de un negocio prohibido complejo con causa ilícita.

La licitud de la causa de los negocios prohibidos puede dar lugar a una ineficacia total o parcial, dependiendo de si su nulidad (invalidez) es total o parcial. La regla general es la nulidad total del negocio. La nulidad parcial sólo puede apreciarse: 1º) por mandato de ley; 2º) por voluntad de las partes, cuando el contenido nulo sea divisible o separable y se pueda determinar si las partes habrían querido el negocio igualmente, aun con la amputación del contenido ilícito; o 3º) para evitar el fraude de ley, cuando así se desprenda de la propia norma imperativa. En estos supuestos, la ineficacia parcial es, con carácter general, eliminatoria. No obstante, se defiende que puede y debe plantearse la ineficacia parcial sustitutoria cuando la nulidad afecte exclusivamente a determinadas cláusulas que se integren en un negocio individualmente negociado con causa lícita; la norma infringida permita este tipo de ineficacia; y además, la parte afectada (perjudicada) quiera hacerla valer.

La ilicitud o la licitud de la causa condicionan, por tanto, el alcance de la ineficacia. Los negocios cuya causa es ilícita son totalmente ineficaces. Sin embargo, los negocios prohibidos con una causa lícita pueden ser total o parcialmente ineficaces según se derive del tenor literal de la norma, de su interpretación teleológica o de la propia voluntad de las partes.

²⁰⁹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 47, 36 y 43.

4.1. La ineficacia total

La ineficacia total de los negocios prohibidos se produce cuando éstos tienen una causa ilícita y, en determinados supuestos, cuando su causa es lícita pero no concurre ninguno de los supuestos de ineficacia parcial que acogen nuestra doctrina y jurisprudencia.

La ilicitud causal de un negocio prohibido lleva implícito un propósito común ilícito de las partes (las partes conocen y quieren los elementos del ilícito) que da lugar a la ineficacia total del negocio. Este propósito puede proyectarse sobre uno o varios negocios, como sucede cuando un negocio tiene como presupuesto la validez de un negocio prohibido (negocios conexos); o cuando hay varios negocios que se integran o forman parte de un negocio complejo prohibido (negocios coligados)²¹⁰. En el primer caso, nos encontramos ante un negocio que tiene como finalidad última la realización de un negocio prohibido, de forma que la nulidad de este último daría lugar a la ausencia de causa del negocio conexo (el negocio no podría alcanzar su finalidad genérica y abstracta), que sería nulo; en el segundo, concurren dos negocios que de forma independiente podrían ser perfectamente válidos pero juntos dan lugar a un negocio prohibido complejo con causa ilícita (si se acredita que las partes conocían y querían los elementos del ilícito).

A. La ineficacia de los negocios coligados

La invalidez de un negocio prohibido puede afectar a otros negocios «cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial»²¹¹. El vínculo entre los negocios coligados «es instituido por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado»²¹². Se trata –como razona la doctrina italiana- de un *collegamento negoziale* bilateral, necesario o voluntario, que impide que un negocio pueda existir sin el otro: el vicio o la anomalía de uno de los negocios se extiende también al otro; ambos persiguen una misma finalidad que no puede llevarse a cabo sin uno de ellos²¹³.

²¹⁰ En España, por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 573. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 206-207, incluye los negocios coligados dentro de la categoría de los «Contratos conexos en su finalidad económica». Pone como ejemplos: «venta de ascensor u otra máquina y servicios de conservación y reparación, arrendamiento de local y obligación de venta de sólo cierta marca de bebida, comodato o precario con opción de compra (uso a prueba)».

²¹¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 574.

²¹² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 475.

²¹³ CALDERINI, Vincenzo, *Le nullità speciali di diritto commerciale. La nullità delle intese restrittive della concorrenza*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Napoli “Federico II”, 2007-2008, p. 134, cita en este sentido a DI NANNI, Carlo, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Napoli, 1984 e «I negozi

Un buen ejemplo de este tipo de negocios son los conocidos como «*tying agreements*». El artículo 101.1 e) TFUE y el artículo 1.1 e) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)²¹⁴ prohíben subordinar la celebración de contratos a la aceptación «de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos» (por ejemplo, las prácticas de vinculación que se han asociado al sistema operativo *Windows*, consistentes en que la adquisición del programa de ordenador condicionaba la utilización de un determinado navegador de internet). La restricción de la competencia sólo puede conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial; y el vínculo entre los negocios ligados se instituye por voluntad de las partes (o del predisponente). En estos casos, se presupone la existencia de un propósito común ilícito de las partes (causa ilícita del conjunto negocial) salvo que se acredite que una de ellas no pudo conocer y querer los elementos del ilícito (por un error de hecho o por dolo de la otra parte).

Esta misma regla se reproduce en el TRLGDCU con respecto a las cláusulas abusivas que se incorporan en los contratos ligados²¹⁵ («*tying agreements*») celebrados con consumidores, esto es, aquellos que consisten en el acuerdo de vender un producto «ligante» («*tying agreement*») bajo la condición de que se compre otro diferente «ligado» al primero («*tied product*»)²¹⁶. El artículo 89.4 TRLGDCU (ex Disposición Adicional 1ª.V.23) considera abusiva «La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados».

B. La ineficacia de los contratos conexos

En los negocios conexos, el vínculo entre ellos se basa en una razón objetiva. Así, por ejemplo, en los contratos de garantía (fianza, prenda, hipoteca, anticresis), los negocios en nombre de otro (mandato, contrato de servicios, poder) y el contrato a favor de tercero, la nulidad del negocio principal daría lugar a la extinción del negocio

collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)», *Diritto e Giurisprudenza*, 1976, p. 130. Con referencia específica al supuesto del collegamento entre acuerdo y contrato *a valle*, vid. LO SURDO, Cristina, «Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità», *Banca, borsa e tit. cred.*, n° 2, 2004, pp. 175-220, en pp. 187 ss.; GUIZZI, Giuseppe, «Mercato concorrenziale e teoria del contratto», *Rivista di Diritto Commerciale*, n° 1-4, 1999, pp. 67-129, en p. 67. Pueden verse también, con carácter general, las obras de MESSINEO, Francesco, «Contrato collegato», *Enciclopedia del diritto*, X, pp. 48 e ss., SCOGNAMIGLIO, Renato, «Collegamento negoziale», *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, 1960, p. 376.

²¹⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 159, de 4 de julio de 2007).

²¹⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, «Disposición adicional Primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.23ª y 24ª LGDCU», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 1205-1248.

²¹⁶ Entre otros, BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Disposición adicional Primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.23ª y 24ª LGDCU», p. 1216.

accesorio²¹⁷ (por ejemplo, la ineficacia de un negocio prohibido puede suponer la extinción de la hipoteca que va ligada a él: sin el primero no puede existir la segunda).

La diferencia entre los negocios conexos y los coligados se encuentra en el vínculo o ligamen que sirve de unión a los distintos negocios jurídicos. Mientras que en los negocios coligados la vinculación se instituye por las partes, que persiguen un determinado resultado, en los negocios conexos la vinculación procede de la propia naturaleza de uno de los negocios, que depende del otro (el negocio principal es la causa del negocio conexo). Los negocios conexos se encuentran en una relación de dependencia con respecto al negocio que opera como presupuesto o condición del mismo. De ahí que la eficacia de aquellos dependa de éste último y no al revés²¹⁸. La nulidad del negocio prohibido da lugar a la ausencia de causa del negocio conexo (el negocio no podría alcanzar su finalidad genérica y abstracta) y a su consiguiente ineficacia.

C. Los contratos derivados: los límites de la causa

Los negocios nulos pueden dar lugar a otros «contratos derivados» («*contratti a valle*»²¹⁹ o «*Folgeverträge*»²²⁰) suscritos con terceros ajenos al ilícito. Las diferencias entre estos contratos derivados y los negocios coligados y conexos son obvias. A diferencia de los negocios coligados, que se celebran entre los mismos sujetos con un único propósito negocial y que dan lugar a un negocio complejo con causa ilícita; los contratos derivados se suscriben con terceros ajenos al negocio prohibido y, en consecuencia, no tienen por qué tener el mismo objeto ni la misma causa que éste (pueden ser totalmente independientes del negocio prohibido). Asimismo, los contratos derivados se diferencian de los negocios conexos en que su causa no depende de la existencia del negocio prohibido.

Los contratos derivados tienen una causa y un objeto independientes de la causa y del objeto del negocio prohibido antecedente. De hecho, lo más normal es que se

²¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 214-215, los denomina negocios dependientes.

²¹⁸ Por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 574.

²¹⁹ MAUGERI, María Rosaria, «Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato», OLIVIERI, Gustavo y ZOPPINI, Andrea, (A cura di), *Contratto en antitrust*, Guis Laterza & Figli, Bari (Italia), 2008, pp. 175-194, en p. 180, entre otros, utiliza esta terminología. Los contratos *a valle* (o «aguas abajo») ejecutan o desarrollan los contratos *a monte* (o «aguas arriba»).

²²⁰ CAMILLERI, Enrico, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 84-85, señala que la doctrina alemana diferencia entre los contratos instrumentales que las empresas infractoras suscriben entre ellas con el fin de especificar el contenido, los términos y la forma de actuación (*Ausführungsverträge*); y los contratos «a valle» que se derivan del acuerdo ilícito (*Folgeverträge*). La nulidad afectaría a los *Ausführungsverträge*, *ancillary* o *tool contracts* (contratos instrumentales) que las empresas infractoras concluyen entre ellas con el fin de especificar el contenido, los términos y la forma de actuación. Los «*Folgeverträge mit Kartellfremden Dritten*» derivan de un pacto prohibido por el Derecho *antitrust* y se entiende que no son nulos. De los autores norteamericanos indica que aunque el tema es una cuestión marginal, se habla de «fruit contracts».

suscriban con terceros ajenos a la relación negocial nula. No obstante, la doctrina italiana se ha planteado la posible ilicitud del objeto y de la causa de estos contratos por su relación con el negocio prohibido previo.

Un sector de la doctrina sostiene que cuando el contrato derivado recoge sustancialmente los preceptos contenidos en un negocio nulo, debe ser también nulo -de forma total o parcial- por su objeto²²¹. En contra de este planteamiento, cabe señalar que la valoración de la ilicitud del objeto sólo podría producirse si el desvalor se atribuye directamente a la prestación sin tener en cuenta la función que desarrolla el contrato; y que, aunque se pasase por alto el argumento anterior, el objeto del negocio nulo será distinto del objeto del contrato derivado²²².

En esta misma línea, algunos autores afirman que los contratos derivados se estipulan sobre la base de un negocio prohibido y, en consecuencia, tienen una causa ilícita²²³. En contra de esta tesis, se indica que el juicio de la licitud de la causa debe hacerse con una valoración de su contenido. El hecho de que el contrato se haya estipulado por uno de los contratantes con la intención de uniformar los efectos del negocio prohibido atiende a la esfera de los motivos individuales (por ejemplo, un contrato derivado de un cártel)²²⁴. El contrato derivado y el negocio prohibido previo responden a causas distintas²²⁵. Desde la perspectiva de la causa concreta, el contrato derivado no tendría una causa ilícita puesto que el propósito común de las partes no sería llevar a cabo el negocio prohibido (los sujetos que suscriben el contrato derivado son distintos de los que llevaron a cabo el negocio prohibido y también lo es su

²²¹ BERTOLOTTI, Angelo, «Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui "contratti a valle": un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto», *Giurisprudenza italiana*, 1997, p. 351; y CASTRONOVO, Carlo, «Antitrust e abuso di responsabilità civile», *Danno e responsabilità*, n° 5, 2004, pp. 469-470, p. 473.

²²² MAUGERI, «Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato», p. 180; y LIBERTINI, Mario y MAUGERI, Maria Rosaria, «Infringement of competition law and invalidity of contracts», *European Review of Contract Law*, vol. 1, n° 2, 2005, pp. 250-272, en pp. 261 -262.

²²³ En Italia, defiende esta tesis -al amparo del artículo 1325 del *Codice Civile*- GUIZZI, Giuseppe, «A proposito di nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287 del 1990», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1999, pp. 192-197, p. 196. También, DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass. 1° febbraio 1999, n. 827, p. 231, que se refiere a la ilegalidad (infracción de una norma imperativa) de la causa de los contratos estipulados sobre la base de un acuerdo colusorio; y LA CHINA, Sergio, «Commento sub art. 33», ALPA, Guido e AFFERNI, Vittorio, *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994, pp. 647 ss., que se refiere a su causa ilícita (alteración del orden público económico). Para una visión más general de esta tesis, vid. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, p. 403; y SIMONE, Silvia, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle* (Tesi di Dottorato), Roma, 2005, pp. 106-110.

²²⁴ MAUGERI, «Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato», pp. 179-180; MIRONE, Aurelio, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003; CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, p. 102; y ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, p. 408.

²²⁵ LIBERTINI y MAUGERI, «Infringement of competition law and invalidity of contracts», pp. 261-262, citados por ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, p. 408.

propósito). Otra cuestión distinta es que el contrato derivado sea nulo por su contenido, su causa o su objeto.

4.2. La ineficacia parcial

Un negocio prohibido puede contener distintos pactos, cláusulas o condiciones²²⁶. Para determinar si su invalidez da lugar a una ineficacia total o parcial es necesario delimitar la parte nula a partir de las causas o motivos de nulidad previstos en nuestro Derecho.

Como hemos visto, los negocios prohibidos con causa ilícita son totalmente nulos. Aunque algunos autores defienden la nulidad parcial de los negocios coligados²²⁷, no puede compartirse –o al menos debe matizarse– este planteamiento. Cuando la finalidad empírica que se persigue con un determinado complejo negocial es ilícita y ambas partes conocen y quieren los elementos del ilícito, el resultado es un negocio complejo con causa ilícita. Si se pudiese acreditar que las partes no conocían y querían los elementos del ilícito (por dolo de la otra parte o error de hecho que afecte a la causa) ya no nos encontraríamos ante un negocio complejo con causa ilícita (no habría un propósito común ilícito). En este último escenario la nulidad podría ser parcial.

La nulidad parcial sólo puede afectar a los negocios prohibidos que tengan una causa lícita. Esta nulidad se reduce a aquellos supuestos en los que una parte, cláusula, pacto, condición o regla negocial de las que integran su contenido infringe o rebasa los límites de la autonomía privada (artículos 6.3 y 1.255 CC)²²⁸.

En el caso de los negocios prohibidos con causa lícita hay que identificar la parte nula para valorar si el negocio puede subsistir y ser eficaz sin ella o, por el contrario, debe ser totalmente ineficaz: si con el fin de conservar el negocio (la ineficacia parcial es una manifestación del principio de conservación del negocio)²²⁹ se restringe el ámbito de la nulidad a la parte viciada, se aplica la regla «*utile per inutile non vitiatur*»; si por el contrario se declara la ineficacia de todo el negocio y se deshacen los vínculos obligacionales que de él se deriven, rige el brocardo «*unus actus non potest pro parte valere, pro parte non*».

²²⁶ DE CASTRO y BRAVO *El negocio jurídico*, pp. 491-492.

²²⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 36, admite que «puede hablarse de nulidad parcial en el supuesto de contratos complejos o compuestos, es decir, aquellos en que las prestaciones de una o ambas partes se integran de matices pertenecientes a varios tipos de negocios, pero que por las circunstancias del caso, vienen considerados como un todo unitario». Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 37.

²²⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 37-38.

²²⁹ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*, p. 434.

A diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno, el Derecho privado español no contiene una norma general reguladora de la nulidad parcial de los negocios nulos²³⁰. El Código Civil sólo se ocupa de ella en determinados preceptos en los que se establece que la cláusula nula se tenga por no puesta (es el caso, en materia contractual, de los artículos 1116, 1155, 1260, 1316, 1476, 1508, 1608, 1795 y 1826 CC). Aunque estos preceptos parecen responder a la máxima «*utile per inutile non vitiatur*», es difícil extraer de los mismos una regla general unívoca²³¹.

En nuestro caso, la doctrina mayoritaria afirma –en consonancia con las reglas previstas en el Derecho de obligaciones y contratos español– que la nulidad parcial de los negocios prohibidos puede producirse por los siguientes motivos: 1º) por mandato de ley; y 2º) en ausencia de previsión legal, para «evitar el fraude de ley o por «voluntad de las partes»²³².

²³⁰ El artículo 1419.1 del *Codice Civile* italiano dispone: «*La nullità parziale de un contratto o la nullità de singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*»; lo que significa que la nulidad parcial no se extiende a todo el contrato cuando se refiera o afecte a aspectos no esenciales al mismo. El parágrafo 139 del BGB alemán establece: «Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que será celebrado incluso sin la parte nula» (trad. esp. de MELÓN INFANTE, C., «V. apéndice», en *Tratado de Derecho Civil*, dir. por ENNECERUS, KIPP y WOLFF, Barcelona, 1955, p. 27). El artículo 20 del Código Suizo de Obligaciones (CO), en su versión francesa, estipula: «*Le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux moeurs. Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, son seules frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles*». Al igual que el *Codice Civile*, se decanta por la nulidad parcial si otra cosa no se deduce de la voluntad de las partes.

²³¹ RUIZ MUÑOZ, Miguel, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 102.

²³² DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 493-494, clasificación asumida por LÓPEZ FRÍAS, Ana María, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, nº 3, 1990, pp. 851-866, en p. 854 y ss., distingue tres supuestos de nulidad parcial: 1º) «por mandato de la ley», en aquellos casos en que una norma la imponga, «la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas no hacen nulo el negocio»; 2º) «conforme a la interpretación del negocio», en la que lo decisivo es obtener «el propósito concreto negocial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe», y 3º) «para evitar el fraude de ley», cuando «la conservación de la validez parcial del negocio, excluyendo los pactos o condiciones nulas, ha resultado imprescindible como remedio para evitar el fraude masivo de las leyes... de especial significado social, dictadas para amparar (a) las personas socialmente más débiles». DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 587-588; DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 215 y ss.; y VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, pp. 434-439, sostienen que el contrato será parcialmente nulo en dos supuestos: 1º) por mandato de una norma, cuando el legislador, ante la infracción de determinadas normas imperativas, estime preferible mantener la vinculación de las partes sustituyendo la regla contractual por la regulación *ex lege* que se intentó evitar; y 2º) a falta de solución normativa determinada, cuando pueda salvarse una parte que se ajusta a la intención práctica de las partes. Estos autores incluyen dentro de la nulidad parcial prevista en la ley -o *ex lege*- la denominada por DE CASTRO «nulidad parcial para evitar el fraude de ley», que no prevé expresamente esta sanción, argumentando que la nulidad parcial del contrato a favor de la Ley que la requiere para su efectividad puede ser expresa o tácita. Vid. también ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 43 y ss.

A. Ineficacia parcial por mandato de ley

El artículo 6.3 CC dispone: «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». Al amparo de este precepto, el artículo 1255 CC prohíbe los «pactos, cláusulas o condiciones» que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público. Por lo tanto, se admite de forma expresa la posibilidad de que un negocio sea íntegramente nulo (nulidad total) o contenga determinados pactos, cláusulas o condiciones nulos (nulidad parcial).

En nuestro Derecho privado podemos encontrar distintos supuestos de nulidad parcial por mandato de ley. Posiblemente los más representativos son los que se derivan de la aplicación de las reglas previstas en los artículos 8 y 9 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998 (LCGC)²³³, que salvaguardan los intereses de los profesionales y de los consumidores y usuarios que contraten con un profesional que utilice condiciones generales de la contratación; y en el artículo 83 TRLGDCU, que protege exclusivamente a los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas (que pueden incorporarse en condiciones generales) que pueda imponer un empresario²³⁴.

La LCGC circunscribe su ámbito material a los «contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente» (artículo 2 LCGC). Por lo tanto, protege a las personas físicas o jurídicas que contratan con profesionales («toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada») cuando se sujetan a «condiciones generales de la contratación», esto es, a «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos» (artículo 1 LCGC). El legislador perfila las características de la ineficacia de estas condiciones generales o, si se prefiere, «cláusulas predispuestas», en atención al interés de los profesionales y consumidores que se sujetan a las mismas.

El TRLGDCU defiende a los consumidores y usuarios en sus relaciones con empresarios («toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»)

²³³ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE 89, de 14 de abril de 1998).

²³⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 440 y ss.

cuando en sus contratos figuran «cláusulas abusivas», que define como «estipulaciones no negociadas individualmente» o «prácticas no consentidas expresamente» que, «en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (en los términos previstos en artículos 82 y ss. TRLGDCU). La nulidad prevista en esta norma protege los intereses de los consumidores que se adhieren al contrato que contiene las cláusulas abusivas.

Estas normas amparan a aquellos sujetos que por su posición contractual pueden encontrarse en una situación de inferioridad o indefensión con respecto a los profesionales que ofrecen sus productos o servicios en el mercado mediante contratos en masa o de adhesión. Sin embargo, no lo hacen de forma uniforme: los consumidores reciben protección frente a las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas que pueda incorporar un profesional o empresario; mientras que los profesionales sólo están protegidos con respecto a las condiciones generales de la contratación que impongan otros profesionales.

La Directiva 93/13/CEE introdujo un modelo pensado para el intercambio de bienes y servicios entre empresarios y consumidores que contrasta con el modelo alemán y otros modelos que protegen también a los empresarios que se adhieren a condiciones generales. Esta situación crea un marco jurídico complejo cuando las operaciones son transfronterizas puesto que no existe un tratamiento armonizado de la protección frente a las cláusulas abusivas que puedan afectar a los consumidores y a los empresarios²³⁵. No obstante, en lo que a la nulidad se refiere las reglas previstas en una y otra norma presentan bastantes similitudes.

En materia de condiciones generales de la contratación, el artículo 8 LCGC prevé dos reglas distintas con respecto a su nulidad: una de alcance general, que afecta a los profesionales, consumidores y usuarios que se adhieren a condiciones generales que son contrarias a lo dispuesto en la LCGC y en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención); y otra que afecta exclusivamente a los consumidores y usuarios que se sujetan a condiciones generales abusivas, en los términos previstos en el TRLGDCU.

En el primer caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 LCGC, «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». A

²³⁵ ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, pp. 20-24.

pesar de la equívoca redacción de este precepto, el requisito de que la infracción de la norma deba ser «en perjuicio del adherente» se limita a la propia LCGC. Las normas imperativas o prohibitivas previstas en otras leyes se sujetarían a lo dispuesto en las mismas²³⁶.

En segundo lugar, se establece la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se suscriba con un consumidor, en los términos previstos en el TRLGDCU. El artículo 8.2 LCGC dispone: «En particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (actual artículo 82 TRLGDCU).

La regulación de las condiciones generales varía según afecten a contratos celebrados entre profesionales o entre profesionales y consumidores. En los trámites parlamentarios se rechazaron dos enmiendas dirigidas a extender el control de contenido de las condiciones abusivas a los contratos celebrados entre profesionales²³⁷. Sin embargo, la redacción final limita este control a las condiciones generales abusivas que se introduzcan en los contratos celebrados con consumidores (artículo 8.2 LCGC)²³⁸; el control de las condiciones generales entre profesionales se limita a los requisitos de incorporación, a las reglas de interpretación y a los supuestos de no incorporación y nulidad previstos en los artículos 5 a 10 LCGC. El Derecho español niega un control específico de contenido de las condiciones generales entre profesionales al no recoger una cláusula general, como la que se introduce en el TRLGDCU; remitir exclusivamente a las normas prohibitivas e imperativas generales, aparte de las previstas en la LCGC, que son sólo de inclusión; y ceñir la calificación de abusivas a las cláusulas establecidas en los contratos con consumidores²³⁹. En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto la necesidad de establecer un control específico de contenido con respecto a estas condiciones generales. Con carácter

²³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Artículo 8. Nulidad», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 259-270.

²³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La nulidad de las condiciones generales», *Las nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 193-223, recuerda que en los trámites parlamentarios se rechazaron dos enmiendas dirigidas a extender el ámbito subjetivo del control de contenido establecido en el Proyecto. El tenor de las enmiendas era: «aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales (enmienda nº 3, Coalición Canaria, Congreso); y «aun cuando el adherente no sea un consumidor» (enmienda nº 28, Grupo socialista, Congreso). Indica que estas enmiendas se rechazaron porque: introducirían «un factor de rigidez en materia contractual no aconsejable para nuestro país si fuera tomado de forma unilateral» (cita a Burgos Gallego, del Grupo Popular); y «sólo cabe regular específicamente el desequilibrio contractual cuando existe un consumidor» (cita a Barcina Magro, del Grupo Popular).

²³⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, «Invalidez e ineficacia de los contratos con consumidores», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 163-192.

²³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», p. 197.

general, suelen diferenciarse dos planteamientos o direcciones: algunos autores se muestran partidarios de aplicar de forma analógica la normativa sobre cláusulas abusivas (TRLGDC) a las relaciones entre profesionales; y otros proponen acudir a la aplicación de los principios generales del Derecho común (concretamente, a los artículos 1255, 1256 y 1258 CC)²⁴⁰.

La nulidad de las condiciones generales de la contratación tiene las siguientes características: 1º) es una nulidad de pleno derecho relativa, en la medida en que la legitimación activa sólo opera a favor del adherente (artículo 9.1 LCGC)²⁴¹; 2º) aunque la doctrina dominante –a la que nos sumamos en este punto– afirma su imprescriptibilidad²⁴², por su cercanía a la anulabilidad algunos autores proponen el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de restitución derivada de la misma²⁴³; y 3º) condiciona su ineficacia parcial a que la nulidad no afecte a elementos esenciales del negocio (artículo 9.2 LCGC).

La LCGC establece la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales «que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (artículo 8.1 LCGC); y de aquellas que sean abusivas «cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (artículo 8.2 LCGC, que se refiere al actual artículo 82 TRLGDCU)²⁴⁴. El juez que conozca estos asuntos, «decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos

²⁴⁰ Vid. por todos, RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)», ALONSO UREBA, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEVARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor y VIERA GONZÁLEZ, Aristides Jorge (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 353-425, en pp. 407-416, que resume estas dos direcciones.

²⁴¹ MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», p. 217. Vid. también, PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario al artículo 9», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 285.

²⁴² PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 281 y ss.

²⁴³ MIQUEL GONZÁLEZ, «La nulidad de las condiciones generales», p. 221.

²⁴⁴ En un sentido parecido, la Ley alemana de Condiciones Generales de los Contratos (AGB-Gesetz) de 9 de diciembre de 1976, regula la nulidad parcial en su parágrafo 6 de la siguiente forma: «I. Si las condiciones generales del negocio no devienen total o parcialmente parte integrante del contrato o son ineficaces, el contrato permanece eficaz en todo lo demás. II. En la medida en que las estipulaciones no devienen parte integrante del contrato son ineficaces, el contenido del contrato se rige por las disposiciones legales. III. No obstante, el contrato mismo será ineficaz cuando la vinculación al mismo bajo la variación prevista en el apartado II, pueda representar una carga no equitativa para una de las partes» (trad. esp. del prof. GARCÍA AMIGO, Manuel, «Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”», *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 384-401, en pp. 382 y ss.).

del artículo 1261 del Código Civil» (artículo 9.2 LCGC). Por lo tanto, la declaración de nulidad de una determinada condición general no supone la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin ella (artículo 10 LCGC). La ineficacia total o parcial del contrato depende del carácter esencial de las condiciones generales que dan lugar a la infracción de la norma en perjuicio del adherente, de forma que si no son esenciales la parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos.

En sede de cláusulas abusivas, el artículo 82.1 TRLGDCU incluye dentro de este concepto «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Los contratos que contengan cláusulas abusivas que se hayan predispuesto en perjuicio del consumidor y usuario darán lugar a la nulidad prevista en el TRLGDCU.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 83 TRLGDCU: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». La nulidad prevista en este precepto recuerda –salvando las distancias– a la «*nullità di protezione*» que se recoge en el artículo 36 del *Código di consumo italiano*²⁴⁵: es una nulidad especialmente pensada para un sujeto específico (el consumidor que se adhiere a un contrato sin negociar), da lugar a una ineficacia *ab initio*, normalmente tiene carácter parcial y trata de evitar la propagación de la nulidad²⁴⁶.

La nulidad parcial puede dar lugar: 1º) a la simple eliminación de la parte nula, sin necesidad de que el resto del contrato experimente modificaciones (ineficacia parcial

²⁴⁵ *Articolo 36 Codice di consumo. Nullità di protezione. «1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto. 2. Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto. 3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. 4. Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive. 5. È nulla ogni clausola contrattuale che, prendendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente titolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea».*

²⁴⁶ PASSAGNOLI, Giovanni, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 27 y ss.; y PUTTI, Pietro María, *Nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002, pp. 7 y ss., entre otros.

eliminatória); y 2º) a su sustitución y/o reducción (ineficacia parcial sustitutoria o reductora)²⁴⁷. La ineficacia parcial eliminatória opera tanto en el caso de las condiciones generales de la contratación como de las cláusulas abusivas; mientras que la ineficacia parcial sustitutoria parece limitarse exclusivamente a las primeras.

En los negocios que recojan condiciones generales de la contratación ilícitas el juez tendrá que decretar «la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas» y aclarar «la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10», o declarar «la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil» (artículo 9.2 LCGC). La ineficacia total o parcial de las condiciones generales depende de su carácter esencial: si son esenciales, el contrato es plenamente ineficaz; si no lo son, el contrato será válido sin la cláusula nula (ineficacia parcial eliminatória), admitiéndose incluso que la parte afectada por la nulidad pueda integrarse (ineficacia parcial sustitutoria) «con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo» (artículo 10 LCGC).

Los negocios que contengan cláusulas abusivas predispuestas en perjuicio de los consumidores también pueden ser totalmente ineficaces o sujetarse a una ineficacia parcial eliminatória (artículo 83 TRLGDCU). Hasta hace poco se admitía la posibilidad de que la ineficacia parcial tuviese efectos sustitutivos: la parte afectada por la nulidad debía integrarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva²⁴⁸ (de forma similar al artículo 10 LCGC). Sin embargo, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁴⁹ ha dado una nueva redacción al artículo 83 TRLGDCU que se alinea con la interpretación que realiza el TJUE de la Directiva 93/13/CEE (en particular, artículo 6, apartado 1 y artículo 7) y, siguiendo el fallo de la STJUE de 14 de junio de 2012, as. 618/10, *Banco Español de Crédito* (F. 62-71), suprime la facultad que se atribuía al juez de integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1258 CC, 65 y 83.2 TRLGDCU (también al artículo 10.2 LCGC) y el principio de buena fe objetiva²⁵⁰.

²⁴⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, pp. 440-447.

²⁴⁸ PAGADOR LÓPEZ, Javier, «Condiciones generales y cláusulas abusivas», REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1307-1442, en pp. 1438-1440.

²⁴⁹ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE 76, del 28 de marzo de 2014).

²⁵⁰ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2004, pp. 76-84, en p. 82.

La ineficacia parcial sustitutoria se aproxima a la conversión o convalidación e incluso a la integración del contrato²⁵¹: no sólo deja sin efecto parte del negocio, sino que además produce nuevos efectos²⁵². El Derecho privado español no recoge una regla general sobre la ineficacia parcial sustitutoria, como sucede por ejemplo en el Derecho italiano (artículo 1339 del *Codice Civile*). No obstante, podemos encontrar dos supuestos de ineficacia parcial sustitutoria en nuestro Derecho privado: el referido artículo 10 LCGC y la antigua redacción del artículo 83 TRLGDCU. Este último merece especial atención por su relativa novedad y su proyección armonizadora en el ámbito de la UE.

El artículo 83 TRLGDCU disponía con respecto a la nulidad de las cláusulas abusivas: «La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva». De acuerdo con esta regla la valoración del alcance de la ineficacia le correspondía únicamente al juez competente: la parte adherente no podía optar por la ineficacia total para evitar un mal contrato; ni la predisponente conseguir que ésta se declarase probando que la parte que resulta de la eliminación del contenido nulo no se corresponde con su voluntad contractual²⁵³. La parte afectada por la nulidad se integraba con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva salvo en aquellos casos en los que las cláusulas subsistentes determinaban «una situación no equitativa en la posición de las partes» que no podía ser subsanada, en cuyo caso el Juez podía declarar la ineficacia del contrato (artículo 83.2 TRLGDCU).

La facultad integradora del Juez pone en peligro –según el criterio del TJUE- la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, pues contribuye a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la inaplicación de estas cláusulas abusivas en los contratos que celebren con los consumidores. La ineficacia parcial sustitutoria podría incentivar la introducción de cláusulas abusivas por parte de los profesionales que sabrían que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el juez podría integrar la parte afectada.

El artículo único, Veintisiete de la Ley 3/2014, modificó el artículo 83 TRLGDCU para ajustar nuestro Derecho al criterio que sigue el TJUE en esta materia. La nueva redacción del precepto dispone: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las

²⁵¹ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, pp. 442-444. En Italia, vid. BETTI, *Teoría General del negocio jurídico*, p. 362, que pone de manifiesto la proximidad de la ineficacia parcial sustitutoria con la conversión necesaria o legal (se acerca al artículo 1424 del *Codice Civile*); y BARCELLONA, Pietro, *Intervento statale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 156-157, que considera que se asemeja al artículo 1374 del *Codice Civile*.

²⁵² RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, 1993, p. 31.

²⁵³ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 816

partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

El artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión²⁵⁴. Por lo tanto, en lugar de consagrar una ineficacia parcial estrictamente eliminadora en detrimento de la ineficacia parcial sustitutoria, esta última se podría haber articulado de tal forma que sólo se pudiese apreciar en beneficio y a instancia del consumidor.

Aunque nuestro Derecho privado no recoge una regla general sobre la ineficacia parcial sustitutoria y se ha suprimido la regla especial en materia de consumidores y usuarios, habría que valorar la utilidad de este tipo de ineficacia cuando la nulidad afecte exclusivamente a determinadas cláusulas que se integren en un negocio individualmente negociado con causa lícita; la norma infringida permita hacer valer este tipo de ineficacia de forma expresa o tácita; y la parte afectada (perjudicada) quiera hacerla valer. Este planteamiento podría conceder cierto protagonismo a una de las modalidades de ineficacia parcial sustitutoria que siempre ha tenido mayor relevancia, la ineficacia parcial reductiva²⁵⁵, que permite reducir una cláusula excesiva y colocar en su lugar una semejante que no vulnere los límites de validez. La sustitución de lo querido por la parte que ha actuado con mala fe por aquello que se habría introducido en el contrato de haberse conducido con la buena fe exigida por nuestro ordenamiento jurídico puede ser una alternativa a tener en cuenta en situaciones puntuales²⁵⁶.

B. Ineficacia parcial objetiva o para evitar el fraude de ley

En un primer momento, a partir del tenor literal del artículo 6.3 CC, que exige la existencia de una disposición expresa para que los «actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas» sean nulos de pleno derecho, sólo se admitía la nulidad parcial por mandato de ley²⁵⁷. Sin embargo, en la actualidad se considera que la previsión de la nulidad parcial por causa de ley no tiene por qué ser expresa (por mandato de ley), sino que también puede ser tácita (para evitar el fraude de ley)²⁵⁸. En este sentido, una interpretación amplia de la nulidad de los actos contrarios a normas

²⁵⁴ Vid. las SSTJUE de 3 de junio de 2010, as. 484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y de 15 de marzo de 2012, as. 453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ*, apartado 34.

²⁵⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, pp. 442-444.

²⁵⁶ PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 211.

²⁵⁷ RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 216, 1985.

²⁵⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, p. 439

imperativas o prohibitivas incluiría las «cláusulas» dentro del concepto de «acto»²⁵⁹ o, como ya se indicó en el apartado dedicado a la nulidad por mandato de ley, «los pactos, cláusulas o condiciones» que se prohíben en el artículo 1255 CC.

La nulidad parcial en ausencia de mandato de ley (nulidad parcial objetiva o para evitar el fraude de ley) suele tener por objeto: 1º) proteger a la parte más débil (por ejemplo, cuando una norma protectora de los consumidores requiere que la ineficacia sea parcial); 2º) restablecer el precio, la duración o las condiciones que deberían figurar en la cláusula de acuerdo con lo dispuesto en la ley o por una autoridad administrativa (por ejemplo, cláusula que sobrepasa el precio fijado en un mercado regulado); o 3º) en general, eliminar la única parte que infringe la norma²⁶⁰.

En primer lugar, la nulidad parcial objetiva suele orientarse hacia la protección de los sujetos socialmente más débiles. En determinadas ocasiones se considera que si un negocio se anula de forma total y no parcial, las ventajas establecidas por una norma imperativa en beneficio del interés particular «quedarían muertas si, con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte (por ejemplo, el propietario, el patrono) la posibilidad de terminar cuando quisiera la relación contractual»²⁶¹. El objetivo de esta nulidad es que la parte protegida por la norma imperativa no se vea amenazada por la posible ineficacia total del negocio jurídico cuando pueda deducirse del ordenamiento jurídico el contenido sustitutivo de la parte nula. En estos casos, la ineficacia parcial «no está subordinada a la accesoriedad o no esencialidad del elemento contractual afectado»²⁶². Cuando el negocio jurídico no puede cumplir la finalidad para la que fue previsto, hay que integrarlo acudiendo «a lo dispuesto en las mismas leyes; lo que se ha entendido referirse también a los usos y a la paridad de contraprestaciones, conforme a la naturaleza del negocio y a la buena fe»²⁶³.

Un segundo grupo de casos estrechamente vinculado al anterior comprende los supuestos de nulidad parcial en cumplimiento de una norma administrativa (por ejemplo, una norma imperativa que establezca las condiciones de competencia en un determinado mercado regulado²⁶⁴). Cuando el contenido de las cláusulas contradiga lo

²⁵⁹ LÓPEZ FRÍAS, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», pp. 858-859.

²⁶⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 455-460.

²⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 494 y 495.

²⁶² PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 203.

²⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 494 y 495.

²⁶⁴ Vid., por ejemplo, las STS nº 670/2013, de 29 octubre 2013, *GAS ARAGÓN, S.A. c. ENAGÁS, S.A.*; y STS nº 675/2013, de 30 de octubre de 2013, *ENDESA, S.A. c. ENAGÁS, S.A.*, donde se aprecia el cobro por el titular de la infraestructura de cantidades distintas de las previstas en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, que regula el acceso a terceros a las instalaciones gasistas y establece un sistema económico integrado.

dispuesto en la norma, la nulidad parcial podría dar lugar a la sustitución de las condiciones pactadas por las legales (ineficacia parcial eliminatoria o sustitutoria).

Finalmente, en ausencia de reglas expresamente previstas en otras normas, cabría plantearse la nulidad parcial objetiva atendiendo exclusivamente al fin teleológico de la norma infringida (por ejemplo, cuando de la norma se deduzca que la ineficacia debe ser parcial, como podría suceder en el ámbito de las normas de defensa de la competencia por analogía con las cláusulas grises previstas en los Reglamentos de Exención por Categorías)²⁶⁵.

La nulidad parcial para evitar el fraude de ley puede conceder un cierto margen de maniobra al juez en aquellos casos en los que un negocio con causa lícita infrinja una norma imperativa o de protección cuya finalidad requiera que se limite el alcance de la ineficacia. En estos casos, la regla general sería la ineficacia parcial eliminatoria (se elimina la parte nula), sin que pueda excluirse una ineficacia parcial sustitutoria (se integra el contrato o negocio).

Aunque el Derecho privado español no recoge una regla general sobre la ineficacia parcial sustitutoria y se ha suprimido la regla especial en materia de consumidores y usuarios, habría que valorar la utilidad de este tipo de ineficacia cuando: la nulidad afecte exclusivamente a una cláusula o a un grupo de cláusulas que se integren en un negocio individualmente negociado con causa lícita; la norma infringida permita hacer valer este tipo de ineficacia de forma expresa o tácita; y la parte afectada (perjudicada) quiera hacerla valer. Este planteamiento podría conceder cierto protagonismo a una de las modalidades de ineficacia parcial sustitutoria que siempre ha tenido mayor relevancia, la ineficacia parcial reductiva²⁶⁶, que permite reducir una cláusula excesiva y colocar en su lugar una semejante que no vulnere los límites de validez. La sustitución de lo querido por la parte que ha actuado con mala fe por aquello que se habría introducido en el contrato de haberse conducido con la buena fe exigida por nuestro ordenamiento jurídico puede ser una alternativa a tener en cuenta en determinadas situaciones²⁶⁷.

²⁶⁵ Por ejemplo, el artículo 5 del Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102, de 23 de abril de 2010). Este precepto recoge una serie de cláusulas grises cuya ineficacia parcial se produce por mandato de ley. Cuando un negocio contenga una cláusula análoga a las previstas en el Reglamento se podría llegar a apreciar una ineficacia parcial objetiva o para evitar el fraude de ley.

²⁶⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, pp. 442-444.

²⁶⁷ PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 211.

C. Ineficacia parcial subjetiva o en atención a la voluntad de las partes

La nulidad parcial en atención a la voluntad de las partes tiene su origen en la teoría subjetiva de la pandectística alemana y en el culto que esta doctrina profesó al dogma de la voluntad²⁶⁸. Se considera que si las partes hubiesen querido el negocio aun sin la parte nula, la ineficacia sería parcial («*teilweise Nichtigkeit*»); y, por el contrario, si no lo hubieran querido sin la parte nula, sería total («*totale Nichtigkeit*»). En este sentido, el parágrafo 139 del BGB alemán regula la nulidad parcial en los siguientes términos: «Si fuera nula una parte del negocio jurídico, éste será nulo en su totalidad en caso de no deberse suponer que se hubiera celebrado también prescindiendo de la parte nula»²⁶⁹.

De forma parecida, el artículo 1419 del *Codice Civile* italiano dispone: «La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de singulares cláusulas del mismo importa la nulidad del entero contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían concluido sin aquella parte de su contenido que está afectada por la nulidad»²⁷⁰. No obstante, en este

²⁶⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, p. 75, encuentra sus raíces en la teoría subjetiva, que para algunos autores requiere «la presencia de una voluntad real o efectiva y no simplemente hipotética de los contratantes a favor de la nulidad parcial, ya se manifieste tácitamente o de forma expresa, como ocurriría en el caso de las llamadas “cláusulas salvatorias” o en el más genérico de las antiguas cláusulas formularias o de estilo “*seu omni meliori modo*” o “*valeat omni meliori modo quo de iure valere potest*”».

²⁶⁹ § 129 *Teilnichtigkeit*: «*Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein Würde*». La traducción -realizada por IZQUIERDO y MACÍAS PICAVEA- puede encontrarse en LARENZ, *Derecho Civil*, pp. 627-628. LÓPEZ CASAL, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», p. 4, recoge esta otra traducción: «Si una parte del negocio jurídico es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula». De forma parecida, el NBW holandés admite la nulidad parcial de los actos jurídicos cuando la invalidez afecte únicamente a una parte (*Article 3:41 Partial nullity*. «*If a ground for nullity concerns just one part of a juridical act, then the valid part of that act remains in force as an independent juridical act, insofar it is not, in regard of the content and the necessary implications of the originally intended juridical act, indissolubly connected with the invalid part*»). En Portugal, la nulidad no implica la invalidez de todo el negocio salvo que se demuestre que éste no se habría concluido sin la parte nula (*Artigo 292º* - «*Redução A nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada*»).

²⁷⁰ El artículo 1419 del *Codice Civile* italiano dispone: «*La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*». GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 327-328, señala: «Las causas de nulidad que sólo afectan a determinadas cláusulas del contrato acarrear la nulidad de tales cláusulas, y no la nulidad de todo el contrato: a) cuando tales cláusulas no fuesen esenciales, esto es aquellas sin las cuales las partes no habrían celebrado el contrato (art. 1.419, apartado 1º); b) en todo caso, cuando las cláusulas nulas sean sustituidas de iure por normas imperativas (art. 1.419, apartado 2º). (...) El principio *sub a* ha planteado un problema interpretativo: ¿la nulidad total es la regla o la excepción? (...) La jurisprudencia ha adoptado la segunda alternativa, apoyándose en la literalidad de la norma». Cita, entre otras, las siguientes sentencias: Cass. 15 de Diciembre de 1982, n. 6.817, *ivi*, 1982; Cass., 19 de Abril de 1982, n. 2.411, en *Mass. Foro it.*, 1982; y Cass., 16 de Diciembre de 1982, n. 6.935, en *Giur. It.*, 1984, I, 1, c. 366.

caso -a diferencia del BGB- se parte de la ineficacia parcial: en el *Codice Civile* se establece ineficacia parcial del negocio salvo que se pruebe que no se habría contraído sin la parte nula; y en el Derecho alemán se presume la ineficacia total del negocio salvo que pueda entenderse que se habría celebrado incluso sin la parte nula.

La doctrina francesa también ha acogido este tipo de planteamientos. Aunque el *Code Napoléon* no contiene una regla expresa, para un buen número de autores el criterio sobre el alcance de la ineficacia reside en la intención de las partes: «se incurre en nulidad total si la cláusula ilegal es determinante para las partes, es decir, sin ella, el acto no se hubiera celebrado; dicho de otro modo, si esa cláusula ha sido la causa o la condición impulsiva y determinante de la celebración del acto»²⁷¹.

En esta línea, en el sistema de la *consideration* del *Common Law* se intenta obviar la necesidad de la causa indicando que la nulidad parcial de los contratos («*severance*») requiere que concurren los siguientes requisitos: la ilegalidad no debe contaminar todo el contrato; la ineficacia es eliminatoria y no puede dar lugar a que se redacte nuevamente el contrato; y la división o separación no debe modificar la naturaleza del contrato²⁷². La identificación de la parte inválida suele realizarse utilizando la técnica de «*The blue pencil test*», consistente en la eliminación de las palabras que dan lugar a la nulidad del contrato. Para determinar en qué casos se puede ver afectado el propósito negocial por la nulidad se valora si las partes habrían entrado a formar parte del acuerdo si no se hubiesen incorporado las disposiciones ilícitas (la voluntad de las partes); así como el equilibrio del contrato antes y después de la nulidad (el equilibrio contractual).

A falta de una regla general en nuestro Derecho privado, algunos autores defienden –siguiendo a la doctrina italiana- que «debe presumirse en nuestro Derecho la voluntad contractual conforme a la subsistencia parcial del contrato, de manera que para destruir la presunción sea necesario demostrar la inexistencia de esa misma voluntad referida a la parte del negocio que permanece válida», todo ello «atendiendo a la “disposición de intereses” y al “fin práctico”, en terminología italiana, que se han propuesto alcanzar los contratantes, y respetando en todo caso los criterios establecidos en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil sobre interpretación de los

²⁷¹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 441-442; y MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, pp. 365-366.

²⁷² INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 19. En un sentido parecido, VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», p. 153, diferencia sólo dos requisitos: «Si un acuerdo, por cualquier razón, acaba teniendo una disposición de ilegalidad que realmente no se incluye en la parte esencial o central del acuerdo puede que no se extienda a todo el contrato. Para alcanzar tal conclusión se han de tomar en cuenta dos principios: 1º. Si esa disposición ilegal no entraña una depravación moral seria, esa parte del acuerdo se tiene por no puesta y el balance del acuerdo es ejecutable si el propósito principal del contrato no se ve anulado. 2º. No se debe alterar la naturaleza de la convención».

contratos»²⁷³. Otros autores –a los que nos sumamos- sostienen que la ineficacia total es la regla general en nuestro derecho salvo prueba en contrario de la voluntad de las partes que permita mantener parcialmente los efectos del negocio (apoyándose en el sistema alemán)²⁷⁴.

Para apreciar la ineficacia parcial de un negocio se considera necesario: 1º) que el contenido nulo sea divisible o separable del resto de contenidos contractuales y, suprimidas las cláusulas nulas, no queden afectados los elementos esenciales del mismo, puesto que de lo contrario el negocio no podría realizar su función económico-social ni servir al propósito práctico de las partes; y 2º) determinar si las partes habrían querido el negocio igualmente, aun con la amputación de los contenidos ilícitos²⁷⁵.

La nulidad afectaría a todo el negocio sólo en aquellos casos en que las cláusulas sean esenciales y, por lo tanto, inseparables del mismo²⁷⁶. En este sentido, para que se consideren afectados los elementos esenciales del negocio sería preciso que se diese alguna de las siguientes situaciones: que sin los contenidos inválidos no sea posible dar un significado, cualquiera que sea éste, al negocio; que tras la amputación del contenido nulo la modificación del negocio sea tal que se esté ante un negocio nuevo con causa distinta de la original; que la supresión de la cláusula nula comporte una desventaja económica para una de las partes tal que convierta el negocio en «excesivamente oneroso» para ella; y que suprimida la cláusula no haya referencias para saber qué regulación hubiesen querido las partes²⁷⁷.

²⁷³ LÓPEZ FRÍAS, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», p. 864.

²⁷⁴ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 221.

²⁷⁵ PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 202 y «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, 2010, pp. 1045-1072; DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 493; y LARENZ, *Derecho Civil*, pp. 627-642.

²⁷⁶ Vid., entre otras, la STS nº 540/2000, de 2 de junio de 2000, *D. Rafael c. Distribuidora Industrial, S.A. (Disa) y Prodalca España, S.A.*, F. 6 y 7; STS nº 989/2007, de 3 de octubre de 2007, *Estación de Servicio Polígono Baeza, S.L. c. Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.*, F. 9. En la doctrina, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «La libertad contractual y sus límites», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*, 2009, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 128-171, en pp. 155-157; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil*, p. 493; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 456.

²⁷⁷ PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 202; PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario del art. 10», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 299. PERDICES HUETOS, Antonio B., «Comentario del art. 10», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley General de Condiciones de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 519-547, en pp. 533-534, no incluye la «excesiva onerosidad» dentro del criterio de no afectación a los elementos esenciales.

Si el negocio prohibido tiene una causa lícita (condición previa para apreciar la nulidad parcial) y se aprecian los cuatro requisitos a los que hemos hecho referencia, lo siguiente sería acreditar que las partes habrían querido el negocio igualmente, aun con la amputación de los contenidos ilícitos²⁷⁸; o dicho de otro modo, que los sujetos activos de la infracción habrían querido realizar el negocio prohibido en las condiciones en las que se habría concluido de no haberse producido el ilícito. Si no se acredita este extremo, la ineficacia sería total (la regla general).

El principal problema que plantea esta concepción doctrinal es su carácter arbitrario y anacrónico²⁷⁹: se proyecta sobre los motivos que condujeron a las partes a realizar el negocio y no sobre su propósito común. Además, hay que tener en cuenta que la voluntad de los contratantes (interés particular) no siempre es la mejor solución para la sociedad en su conjunto²⁸⁰, aspecto que debería valorar el juez que conozca el asunto.

En principio, este tercer supuesto de nulidad parcial debería dar lugar una ineficacia parcial estrictamente eliminatoria. Un sector de la doctrina plantea la utilización de los siguientes criterios para integrar el negocio: si las partes han previsto expresamente la posibilidad de ineficacia parcial y han establecido ellas mismas la regulación supletoria (cláusulas de salvaguarda o salvatorias²⁸¹), se aplicará ésta siempre que nos encontremos en el ámbito de funcionamiento de la autonomía privada, esto es, dentro del respeto a las normas imperativas; si no es así, habrá que acudir al modelo general de regulación que se recoge en nuestro Derecho dispositivo; y a falta de Derecho dispositivo, se aplicarán las reglas deducibles del principio de buena fe aplicado en función de integración de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.258»²⁸². Sin embargo, esta ineficacia parcial sustitutoria supondría: la admisión de una regulación supletoria que protege a las partes que han participado en el ilícito (si no se puede hacer x, se hace y); o la reconstrucción del negocio por parte del juez. De ahí que parezca preferible la ineficacia parcial eliminatoria.

²⁷⁸ Vid. STS de 18 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1704) y de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5082), citadas por PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», p. 1069.

²⁷⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 445-449.

²⁸⁰ GORDILLO CAÑAS, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», p. 187, sostiene que «Los principios que justifican la conservación del negocio funcionan aquí estrechamente unidos al interés individual de las partes contratantes, y ello (...) porque la utilidad del negocio parcialmente nulo se encuentra en íntima conexión con la intención de los contratantes, y, en segundo lugar, porque la conservación del negocio redundaría en beneficio de los mismos contratantes y no en ventaja exclusiva o prevalente de la colectividad, como ocurre en el caso de conservación coactiva por sustitución». Cita en este sentido a CRISCUOLI, Giovanni, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

²⁸¹ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 705, señala que las cláusulas salvatorias no son incondicionalmente eficaces: «Si lo ineficaz afecta a un elemento esencial del negocio, no podrá proponerse que la cláusula salvatoria contiene en este caso una delegación al juez para que salve el contrato integrando discrecionalmente los elementos esenciales excluidos».

²⁸² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 588-589.

5. Ineficacia originaria o sobrevenida

La ineficacia de los negocios prohibidos puede ser originaria o sobrevenida en función del momento temporal en que se produzca. La ineficacia es originaria cuando el negocio es ineficaz desde el mismo momento en que se celebró; y sobrevenida, cuando se aplica la sanción a partir de un momento posterior a la celebración del negocio, como consecuencia de un hecho sobrevenido²⁸³.

La regla general es la ineficacia originaria: los negocios prohibidos (con o sin causa ilícita) suelen ser ineficaces desde el mismo momento de su celebración. La nulidad de estos negocios da lugar a una ineficacia originaria o *ex tunc*, porque parte de un vicio que se encuentra en la propia constitución del acuerdo y que desde ese momento impide su validez.

La ineficacia de los negocios prohibidos es sobrevenida cuando la infracción de estas normas se materializa a lo largo de la ejecución del negocio –normalmente por una causa ajena a la voluntad de los contrayentes- y se proyecta hacia el futuro sin tener en cuenta el pasado (el negocio ha sido válido hasta una determinada fecha, circunstancia que necesariamente habrá que tener en cuenta en el ámbito restitutorio)²⁸⁴. Este tipo de ineficacia se produce por mandato de ley, «en virtud de la aparición de un supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico la liga automáticamente»²⁸⁵ (así, por ejemplo, por el transcurso del tiempo previsto en la norma) o por un cambio o modificación de la propia norma.

La ineficacia originaria o sobrevenida del negocio incide de forma notable en el ámbito restitutorio. La ineficacia originaria puede dar lugar a la restitución de lo que se ha entregado desde el momento en que empezó a desarrollarse el contrato. Sin embargo, cuando la ineficacia es sobrevenida, la restitución deberá producirse en consonancia con el momento en el que tiene su origen la ineficacia.

²⁸³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 568. En el sistema de la *consideration* del *Common Law*, VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», pp. 140-141 y 157-158, afirma que la nulidad del contrato puede ser originaria (en el momento de su formación) o sobrevenida (cuando se produce a lo largo de la vida del contrato). Cuando un contrato legal en el momento de su formación se convierte en ilegal por un cambio en la legislación, se trata este supuesto como si sobreviniese una imposibilidad en la prestación: se considera que se produce una ilegalidad sobrevenida de la *consideration*.

²⁸⁴ SCONAMIGLIO, Renato, «Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici», *Annali di diritto comparato e di studi legislativi*, 1951, p. 87, sostiene que la nulidad sobrevenida tiene un efecto retroactivo (citado por CALDERINI, *Le nullità speciali di diritto commerciale*, p. 117, que defiende la irretroactividad de la ineficacia sobrevenida).

²⁸⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 568.

6. Ineficacia definitiva

La ineficacia puede ser definitiva (insanable) o sanable «atendiendo a la posibilidad de corrección de las consecuencias anormales» del negocio. Es sanable cuando un negocio originariamente ineficaz adquiere la condición de negocio regular en virtud de un hecho o acto posterior; y es insanable cuando no puede ser subsanada²⁸⁶.

En el ámbito de los negocios prohibidos, el carácter no sanable implica, principalmente, que la invalidez puede declararse en cualquier tiempo (imprescriptibilidad); sin que sea posible confirmación; y admitiéndose la conversión de forma excepcional.

6.1. Imprescriptibilidad

En un primer momento, la jurisprudencia española consideraba que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción de nulidad («La acción de nulidad sólo durará cuatro años») afectaba a la nulidad en sentido amplio²⁸⁷. Sin embargo, posteriormente, a lo largo de los años veinte, la doctrina empezó a diferenciar entre anulabilidad y nulidad, restringiendo la aplicación del artículo 1301 CC a la primera. Con carácter general se empezó a afirmar que la anulabilidad afectaba a los negocios en los que concurren los requisitos del artículo 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) y se podía hacer valer en el plazo cuatro años previsto en el artículo 1301 CC²⁸⁸, mientras que la nulidad abarcaba aquellos supuestos en que el negocio no reunía los requisitos previstos en el artículo 1261 CC o adolecía de causa ilícita (artículo 1275 CC) y se afirmaba que era imprescriptible²⁸⁹.

²⁸⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 570.

²⁸⁷ Vid. entre otras, STS de 12 de julio de 1900 y de 30 de septiembre de 1929.

²⁸⁸ La opinión más común y casi unánime refiere el plazo del artículo 1301 CC al ejercicio del poder de impugnación, entendido como derecho potestativo por el que el contrato inválido se convierte en válido, de forma retroactiva (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 246).

²⁸⁹ Por todos, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 23, nº 3, 1970, pp. 519-542, en pp. 532-533, señala que «la opinión predominante afirma abiertamente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, apoyándose en la tradición romanista según el principio “*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*” (D. 50,17,29) y también en la imposibilidad de confirmación de los negocios nulos que se deriva de la aplicación exclusiva de la misma a los negocios simplemente anulables (art. 1.310), regla que guarda cierto paralelismo con la prescripción sanatoria». Cita en este sentido, entre otros, a PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, *Notas a Enneccerus, Derecho Civil I (Parte General)*, vol. II, 3ª ed., 1981, Barcelona, 1944, p. 377; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1988, 318-319; BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Parte General, 728, Madrid, 1959, p. 728; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 5ª ed., Reus, Madrid, 1950, p. 630; MUCIUS SCAEVOLA, Quinto, *Código Civil*, XX, Madrid, 1904, pp. 968-969 y 985; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 405 y 407, también en *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1961, nº 175, p. 461; y SANTAMARÍA, Julián, *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 273-274.

En los últimos años se han abierto paso nuevas teorías que diferencian la acción declarativa de la nulidad de la acción restitutoria²⁹⁰. Se considera que frente a un negocio inválido pueden pedirse dos cosas: 1º) que se declare su invalidez, enervando toda exigencia basada en el negocio inválido y dejando abierto el camino para el ejercicio de derechos o la eficacia de títulos que quedarían contradichos por el mismo; y 2º) cuando proceda, que se restituyan las prestaciones realizadas²⁹¹. Esto supone que en el caso de los negocios anulables la acción declarativa de la invalidez es imprescriptible y la acción de restitución prescribe en el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 CC²⁹²; y en los negocios nulos, la acción declarativa de la nulidad es imprescriptible y la acción de restitución prescribe en el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 CC para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción²⁹³.

Hoy en día la doctrina española mayoritaria defiende la imprescriptibilidad de la acción declarativa de la nulidad y la prescripción de la acción de restitución que pretenda hacer valer sus consecuencias²⁹⁴. Con carácter general, se considera que la acción meramente declarativa sirve como excepción o como acción ante una petición de cumplimiento del contrato nulo en vía judicial o de forma extrajudicial y, como se ha apuntado, es imprescriptible; mientras que la acción restitutoria, complementaria de la declarativa, prescribe en el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 CC, que no empezará a correr hasta que no sea necesario ejercitar la acción (artículo 1969 CC).

Este planteamiento se ha matizado –a partir de la asimilación entre la nulidad y la restitución– indicando que la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin

²⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 478-479, seguido por la mayoría de la doctrina moderna, señala que la acción de nulidad tiene una especial y delimitada eficacia por su carácter meramente declarativo. Sólo sirve para poner de manifiesto que el negocio resulta contrario a la Ley. Eso sirve para oponerse a una pretensión basada en un negocio nulo, pero no para reclamar la entrega o restitución de lo obtenido en base al mismo. En este segundo caso, será necesario el ejercicio de otra acción (por ejemplo, la acción reivindicatoria o de la restitutoria). DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 184 y ss.,

²⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 188, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 481, 504-505 y 511.

²⁹² En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 499, 505 y 511 y DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 117-134. En contra, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 43, entiende que «la acción de anulación es constitutiva y la restitución está ligada a la acción de anulación, cuyo plazo de caducidad (no prescripción) es de cuatro años. Partiendo de la hipótesis de la validez y eficacia claudicante del contrato anulable, no hay restitución posible sin anulación».

²⁹³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 184-191.

²⁹⁴ Vid., por todos, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 184-191. En Italia, también se afirma la imprescriptibilidad de la nulidad. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1422 *Codice Civile*, «la acción para declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición» [*Articolo 1422 Codice Civile. Imprescrittibilità dell'azione di nullità: «L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione (1158 e seguenti) e della prescrizione delle azioni di ripetizione (2934 e seguenti)»].*

fundamento tanto desde el punto de vista de los textos legales (artículo 1930.2 CC: «se extinguen por la prescripción las acciones, de cualquier clase que sean») como de los intereses presentes (la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción) y la propia naturaleza de la nulidad²⁹⁵. La prescripción opera en el ámbito de la pretensión de un pronunciamiento judicial sobre la nulidad, y no en el de la existencia de la causa de nulidad. De ahí que se afirme que prescribe la acción de nulidad, no la nulidad misma: «por más que declare extinguida por prescripción una acción de nulidad, el contrato no habría quedado “*purificado*” de sus vicios»²⁹⁶. Sólo escaparían de la prescripción, las irregularidades o defectos en la confección del contrato que impidan a éste ser reconocido exteriormente y reconducido a la categoría de contrato (irregularidades manifiestas que no precisan acción judicial). En el resto de los casos (irregularidades no manifiestas), rige el plazo de prescripción de quince años previsto en el artículo 1964 CC, que comenzaría a correr desde que el contrato haya producido algún efecto; o si lo que se pide es el cumplimiento, desde ese momento²⁹⁷. Todo ello teniendo en cuenta que la invocación extrajudicial de la nulidad interrumpiría el plazo de prescripción²⁹⁸. El plazo de cuatro años del artículo 1301 CC, que sería de caducidad, se referiría únicamente a la anulabilidad y se justificaría porque ésta debe ejercitarse en un corto espacio de tiempo, por razones de seguridad jurídica. En contra de este planteamiento, cabe afirmar que la nulidad es independiente de la restitución. Cada una de ellas atiende a un fundamento y una finalidad distintos: la nulidad de un negocio prohibido tiene su fundamento en un vicio que afecta a la formación del negocio y su finalidad es el restablecimiento de la legalidad y la desaparición de los efectos jurídicos de aquel; mientras que la restitución tiene su fundamento en la nulidad y su finalidad es la eliminación de los efectos materiales del negocio nulo (el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre las partes). Desde un punto de vista sistemático, la asimilación entre la nulidad y la restitución (absorción de la acción restitutoria dentro de la nulidad; o inclusión de esta última dentro de la primera) confundiría las características de la ineficacia del negocio nulo con los presupuestos de la acción restitutoria (principalmente, la legitimación y el plazo).

Por nuestra parte, entendemos –al igual que la doctrina mayoritaria– que la acción declarativa de la nulidad no prescribe (siempre se podrán eliminar los efectos jurídicos del negocio), lo que prescribe es la posible acción restitutoria que pueda derivarse de la nulidad en el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 CC (para eliminar los efectos materiales). Un negocio prohibido no deja de ser nulo por el paso del tiempo; lo que sucede es que las partes pueden perder su derecho a reclamar lo

²⁹⁵ PASQUAU LIAÑO, Miguel, «La acción de nulidad sí prescribe», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 225-246, en p. 231.

²⁹⁶ PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», pp. 231-232.

²⁹⁷ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 281-290.

²⁹⁸ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 290-299.

entregado si no ejercitan la acción restitutoria en el plazo legalmente previsto. La nulidad da lugar a la ineficacia del negocio, como acción o como excepción al cumplimiento. Es una sanción público-privada que no permite la sanación de los efectos jurídicos (ineficacia). Otra cuestión distinta es la reclamación de los efectos materiales que pueda haber generado el negocio nulo (restitución). La acción restitutoria derivada de la nulidad de los negocios prohibidos sujeta a plazo la reclamación de lo que se haya entregado. De este modo, se permite la sanación de los efectos materiales del negocio sin que se vea afectado el carácter insanable de los efectos jurídicos de la nulidad.

6.2. Imposible confirmación

La confirmación se define como «la declaración de voluntad unilateral realizada por la parte legitimada para hacerlo, concurriendo los requisitos exigidos por la ley, y en virtud de la cual un negocio afectado de vicios que lo invalidan se convierte en válido y eficaz como si jamás hubiera estado afectado por vicio alguno»²⁹⁹. Dicho de otro modo, es una modalidad de convalidación que opera mediante la declaración de voluntad del sujeto que puede invocar la causa de invalidez de un negocio anulable. La nulidad no permite acudir a esta forma de convalidación.

Esta es la misma solución que se acoge en el Derecho italiano y en el francés. Así, en el Derecho italiano no se admite confirmación del negocio nulo salvo que se disponga lo contrario en la norma aplicable (artículo 1423 del *Codice Civile*)³⁰⁰; y en el Derecho francés el carácter absoluto de la nulidad se erige como principal obstáculo de la confirmación³⁰¹.

6.3. Difícil conversión

La conversión se define como «aquel medio jurídico por virtud del cual un negocio nulo, que reúne los elementos esenciales de otro, puede salvarse de la nulidad, al quedar transformado –convertido– en aquel contrato cuyos requisitos esenciales cumple»³⁰². Sus presupuestos son: 1º) que el negocio nulo sea susceptible de conversión,

²⁹⁹ SERRANO ALONSO, *La Confirmación de los Negocios Jurídicos*, p. 38.

³⁰⁰ GALGANO, *El negocio jurídico*, pp. 321-322.

³⁰¹ GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse Paris 1992, n° 553. CLAUDEL, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, pp. 380-381 (cita AUBRY ET RAU, t. IV, 4ème édition, § 337; BRETON, A., V. "Confirmation", *Encyclopédie Dalloz*, 1971).

³⁰² ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, p. 146; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 590-591, señala que «la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene sin embargo los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato o negocio cuyos requisitos reúne». DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2.º, 9.ª ed., quinta reimpresión, Tecnos, Madrid, 2005, p. 111, prefiere emplear el término convalidación para referirse a

supuesto que no se da en aquellos que persiguen una finalidad incompatible con la ley, la moral y el orden público; 2º) que el negocio-base y el negocio sustitutivo tengan una finalidad económico-social común y el segundo mantenga un equilibrio de las prestaciones equivalente al del primero; y 3º) que las partes ignoren la nulidad del negocio-base y no hayan excluido la posibilidad de conversión.

El Derecho Civil alemán también admite la conversión de los negocios jurídicos nulos. Un negocio nulo puede mantenerse como otro distinto si cumple los requisitos de éste y debe suponerse que se habría pretendido su validez al conocerse la nulidad (§ 140 BGB³⁰³). La voluntad hipotética de las partes es esencial para poder llevar a cabo la conversión del negocio válido; y ésta «sólo pueden constatarse de forma que se tengan presentes los fines económicos y las valoraciones de intereses conocidos de las partes y se proponga la cuestión de si el “negocio distinto” representa un medio apropiado para realizar tales fines y si su validez corresponde a la valoración de intereses en que se basaron las partes»³⁰⁴. El juez no puede sustituir las valoraciones de las partes por las suyas propias, ha de basarse en la valoración subjetiva de las partes que él ha conocido.

En esta misma línea, el artículo 293 del Código Civil portugués señala que los negocios nulos pueden convertirse en un negocio de tipo o contenido diferente del cual contengan los requisitos esenciales de substancia o de forma, cuando el fin seguido por las partes permita suponer que las partes lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad³⁰⁵.

El artículo 1424 del *Codice Civile* italiano también admite que: «el contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, cuando, teniendo la finalidad perseguida por las partes, deba considerarse que éstas lo habrían querido si hubiesen conocido su nulidad»³⁰⁶. La conversión no sustituye un contrato nulo por un contrato válido, sino que modifica la causa del contrato querido voluntariamente por las partes. Como límites de la conversión se señalan: el conocimiento de la causa de nulidad del contrato por las partes; que la nulidad resulte de

cualquier supuesto en que el que se mantenga la eficacia de un negocio nulo o anulable, reservándose el término «confirmación» para aplicarlo a los negocios anulables.

³⁰³ § 140 *Umdeutung*: «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».

³⁰⁴ Vid. LARENZ, *Derecho Civil*, pp. 642-647.

³⁰⁵ Art.º 293º - *Conversão*: «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 invalidada».

³⁰⁶ Art. 1424. *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». Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 362

la ilicitud; y que se pretenda convertir una donación nula por falta de la forma solemne en una promesa de pago, como acto unilateral³⁰⁷.

La conversión plantea especiales problemas en el ámbito de los negocios prohibidos puesto que éstos son contrarios a la ley, la moral y/o el orden público. Además, en la mayoría de los casos las partes conocerán y querrán los elementos del ilícito (causa ilícita) y prestarán su consentimiento de forma libre (causa torpe). No obstante, pueden dar lugar a conversión aquellos negocios prohibidos cuya presunta ilicitud no proceda de su finalidad si no de su incorrecta calificación.

³⁰⁷ GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 326, cita entre otras, las siguientes sentencias: Cass., 9 Febrero de 1980, n. 899, en *Mass. Foro it.*, 1980; Cass. 26 de Septiembre de 1964, n. 2.437, en *Mass. Foro it.*, 1964; y Cass. 29 de Noviembre de 1986, n. 7.046, en *Foro it.*, 1987.

CAPÍTULO II

LA RESTITUCIÓN

I. La configuración de la acción restitutoria

La declaración de nulidad lleva implícita la recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato³⁰⁸. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

La relación entre la nulidad y la restitución se aborda desde dos perspectivas distintas: asimilándolas o distinguiéndolas.

La asimilación de la acción de nulidad y la de restitución puede realizarse incluyendo la restitución dentro de la acción de nulidad («la nulidad priva al acto de todos sus efectos y lo vuelve ineficaz y, por consiguiente, engendra la vuelta de las cosas al estado anterior a la celebración del acto»; «la nulidad ataca no el acto mismo, como lo pensaban los clásicos, sino sus consecuencias»); o absorbiendo la acción de nulidad dentro de la restitutoria («la acción de nulidad no tiene existencia propia, no es una acción especial y distinta, pudiendo las partes consentir en una anulación convencional puesto que, en tanto que no haya habido ejecución, la declaración teórica de la nulidad no tiene transcendencia práctica»)³⁰⁹. En contra de esta asimilación –hoy superada– se argumenta que la nulidad y la restitución tienen distinto fundamento, finalidad y efectos³¹⁰.

La acción de restitución no incluye la acción de nulidad ni es absorbida por ella. La nulidad es una sanción jurídica que suprime los efectos jurídicos ilícitos del acto, aniquila los efectos de derecho del negocio con independencia de que haya o no

³⁰⁸ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 227 y ss.

³⁰⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 590-595, se refiere a estos planteamientos en el Derecho francés. Con respecto a la inclusión de la acción restitutoria dentro de la acción de nulidad, vid. entre otros a FARJAT, Gérard, *Droit privé de l'économie: Théorie des obligations*, Presses universitaires, 1975, p. 330; y a CAPITANT, Henri, *Introduction à l'étude du droit civil*, n° 286, 1898. Sobre la tesis que considera que la acción de nulidad no tendría existencia propia en relación con la acción de restitución, cita como autor de referencia a JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, pp. 383, 399, 934, 449, 877, 410 y 406. No obstante, este autor reconoció posteriormente que la acción de nulidad tiene una naturaleza personal cuando se ejercita con miras a la constatación de nulidad, admitiendo que su ejercicio autónomo puede ser de interés para el demandante.

³¹⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 595-599.

producido consecuencias materiales. Una vez declarada la nulidad, la acción restitutoria se ocupa de estas últimas.

El régimen jurídico de la acción restitutoria derivada de la declaración de nulidad de un negocio prohibido se configura a partir de la distinción entre la finalidad, el fundamento y los efectos de la nulidad y la acción restitutoria.

1. Fundamento: el cumplimiento de la obligación nacida del negocio nulo

La relación entre la acción de la nulidad y la restitutoria ha dado lugar a distintos planteamientos doctrinales que analizan la acción restitutoria de forma autónoma a la nulidad o a partir de ésta.

Los autores que afirman la autonomía del fundamento de la acción restitutoria frente a la acción de nulidad lo hacen desde tres perspectivas distintas: 1º) fundamentando la restitución en el enriquecimiento sin causa, principalmente con respecto a las obligaciones de hacer³¹¹; 2º) en la repetición del pago de lo no debido, en la medida en que el pago realizado en virtud de un contrato nulo no tiene causa³¹²; o 3º) en el derecho de propiedad restaurado por el hecho de la nulidad del contrato³¹³.

La crítica que se ha hecho frente a estos planteamientos es que sitúan su punto de partida en la concepción clásica de las nulidades, según la cual se considera que el acto no tuvo jamás existencia (haciendo una abstracción de la realidad)³¹⁴. Además, con respecto al enriquecimiento injusto hay que tener en cuenta que, como señala la doctrina francesa: «el fin de la acción de restitución después de la anulación que consiste en restablecer el *statu quo* ante para el demandante implica que se ubique en el punto de vista de quien haya cumplido la prestación y no del lado del beneficiario, como en el enriquecimiento sin causa»; «La condición de una ausencia de culpa, exigida en el enriquecimiento sin causa, es indiferente en materia de restitución»; «La condición de una ausencia de causa, exigida para el enriquecimiento sin causa, no se exige en materia

³¹¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 54-56 y 259, se refiere a esta interpretación. En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 558-559, cita en este sentido varias sentencias, entre otras: Bordeaux 27 mai 1874, S. 1875.IOI (según la cual las partes de un contrato anulado no deben poderse enriquecer a expensas de otro); Soc. 2 février 11961, D. 1961.I.235 (que alude a la acción de *in rem verso*).

³¹² MALAURIE, Marie, *Le droit civil des restitutions*, cours. 1974-1975, p. 125. Sobre una exposición de la doctrina, vid. CATALÁ, Nicole, *La nature juridique du payement*, thèse, LGDJ, n° 224, 1961; en contra BOUSIGES, Annie, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse, Poitiers, 1982, pp. 40 y ss. Resume esta postura, THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 557-558.

³¹³ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 560, se refiere –aunque no lo comparte– a este planteamiento.

³¹⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 561, cita en este sentido a LA PRADELLE, Géraud de Geouffre, *Les conflits de lois en matière de nullité*, thèse, LGDJ, n° 91, 1967.

de restitución: la restitución encuentra su razón de ser en la ejecución de una obligación en virtud de un contrato cuya anulación aún no se ha declarado»; y «La exigencia del carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa no se satisface en materia de restitución»³¹⁵. En relación con el pago de lo no debido se indica que la acción restitutoria no requiere la existencia de error por parte del *solvens*³¹⁶. No obstante, la doctrina acude por analogía a esta figura para diferenciar la situación del adquirente de buena o mala fe³¹⁷. Aunque el fundamento de la restitución sea el cumplimiento de una prestación en virtud de un contrato anulado (no es un pago-acto jurídico sino una prestación-hecho jurídico), entendemos que se puede acudir por analogía a las reglas aplicables al pago de lo no debido (pago-acto jurídico) para diferenciar la situación del *accipiens* de buena y mala fe (el *accipiens* de buena fe no pagaría intereses). Finalmente, frente al derecho de propiedad se pone de manifiesto que la acción restitutoria no tiene por objeto la recuperación de la propiedad³¹⁸ (hay que diferenciar la acción restitutoria de la acción reivindicatoria).

La doctrina francesa y la española consideran que la obligación de restituir se deriva de la nulidad y, más concretamente, de la ejecución de una determinada obligación que se ha originado a raíz del negocio nulo³¹⁹. Esto no implica que la naturaleza del fundamento de la restitución sea contractual (la nulidad del negocio le priva de efectos y le impide servir de base para la restitución). La restitución tiene un fundamento legal (es un efecto legal indirecto de la nulidad), original (existe únicamente cuando se ha realizado una prestación en ejecución del contrato), objetivo e indivisible, de naturaleza cuasicontractual³²⁰.

El fundamento o, si se prefiere, la causa de la acción de nulidad reside en la violación de una norma imperativa relativa a la celebración del negocio que determina su ilicitud (en nuestro caso, la realización de un negocio prohibido con o sin causa ilícita); mientras que el fundamento de la acción de restitución se encuentra en el

³¹⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 562-566.

³¹⁶ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 566-568.

³¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 227-236.

³¹⁸ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 561-571.

³¹⁹ Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 233-236; y GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad restituciones y responsabilidad*, p. 572. Esta última cita, entre otros, a GAUDEMET y a CARBONNIER, y matiza que «*más precisamente, y más directamente, es el cumplimiento de una prestación en ejecución de un contrato viciado por una causa de nulidad lo que fundamenta la obligación de restituir*».

³²⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 574-578, considera que «El cumplimiento de una prestación en ejecución de un contrato viciado por una causa de nulidad es un hecho jurídico voluntario; así que el fundamento de la restitución que se deriva consiste no en un pago-acto jurídico, como en la repetición de lo no debido, sino en la ejecución de una prestación-hecho jurídico por el hecho de la anulación del contrato».

cumplimiento por la parte demandante de la obligación nacida del negocio afectado por la causa de nulidad³²¹.

La acción restitutoria -entendida como acción vinculada a la acción declarativa de la nulidad- se sitúa entre las correspondientes al modelo que identifica en nuestro Derecho la «restitución de bienes en razón de la pérdida de eficacia del título por el que se entró a poseer, o a la misma ineficacia inicial del mismo», que responden al esquema de la *restitutio in integrum*. Esto es, junto a las acciones de resolución y rescisión (artículos 1124 y 1295 CC), cumplimiento de condición resolutoria (artículo 1123 CC), condición suspensiva (artículos 1120 y 1122 CC) y redhibición de la venta (artículo 1486 CC)³²². La restitución como consecuencia del título presenta una gran afinidad con la «restitución de un bien ajeno detentado sin derecho, sin necesidad de considerar -y con independencia de ello- el título por el que se entró indebidamente a poseer», cuyos presupuestos fundamentales son la reivindicación y la *condictio*; y en particular con el pago de lo indebido (artículo 1895 CC). La principal diferencia entre la restitución derivada del cobro de lo indebido y la que se origina a raíz de la nulidad del negocio es que en el primer caso el error de quien paga es requisito de la acción; mientras que en el segundo no lo es. La acción restitutoria derivada de un negocio nulo es independiente de la acción prevista en los artículos 1895 y 1901 CC para el «cobro de lo indebido». Es cierto que ambas se inspiran, en último extremo, en el principio del enriquecimiento injusto (tratan de evitar la retención de las prestaciones recibidas sin causa jurídica). Sin embargo, son distintas y producen distintos efectos³²³.

1.1. Dependencia de la nulidad

La acción de nulidad es independiente de la acción de restitución, pero esta última depende del éxito de la primera. La independencia de la nulidad se pone de manifiesto en un doble sentido: 1º) se puede interponer una demanda de nulidad sin necesidad de que se pida la restitución cuando no se ha ejecutado el negocio nulo, cuando sólo se invalida una cláusula (nulidad parcial) o cuando, habiéndose ejecutado el negocio, las partes no someten las restituciones a su consideración; y 2º) se admite la acción de nulidad aun cuando no sea posible la restitución en especie de la prestación ejecutada. La dependencia de la acción restitutoria con respecto a la acción de nulidad

³²¹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 597-598.

³²² CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, 1987, pp. 1055-1148, citado por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 234.

³²³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 55 y 261. Vid. también DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 233-236. En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 575, señala que el cumplimiento de la prestación que se deriva de un negocio nulo es un hecho jurídico voluntario y, en consecuencia, no se repite lo no debido, se ejecuta «una prestación-hecho jurídico» por el hecho de la invalidez del contrato.

se manifiesta por la necesidad de que se declare la nulidad para que pueda realizarse la restitución³²⁴. De ahí que se pueda considerar que la primera prima sobre la segunda. La demanda de nulidad del negocio es previa a la de restitución desde el punto de vista racional y jerárquico.

La dependencia de la acción de restitución con respecto a la declaración de nulidad se manifiesta por la necesidad de un pronunciamiento sobre la invalidez para poder ejercitar la acción restitutoria e influye de forma notable en el estudio de las consecuencias de la distinción de estas acciones. La acción declarativa de la nulidad y la restitutoria presentan diferencias en cuanto al procedimiento, el plazo de prescripción y la legitimación activa y pasiva.

En el plano procedimental, la acción de restitución puede ejercitarse al mismo tiempo o después de que se haya declarado la nulidad. En ausencia de una demanda específica de restitución de la prestación cumplida el juez no puede condenar a una o ambas partes a la restitución de lo que hayan entregado. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, la asimilación entre la acción de nulidad y la acción de restitución justifica que la restitución se someta a la ley del contrato nulo (la que esté vigente en el momento de su celebración)³²⁵.

En segundo lugar, la acción declarativa de la nulidad es imprescriptible, mientras que la acción restitutoria prescribe en el plazo de quince años desde que pudo ejercitarse (artículo 1964 CC, en relación con el artículo 1969 CC). La declaración de la nulidad del negocio prohibido (efectos jurídicos) puede hacerse valer en cualquier momento. Sin embargo, la restitución de las cosas que hubieren sido objeto del contrato (efectos materiales) está sujeta a plazo.

Finalmente, con respecto a la legitimación activa, el titular de la acción restitutoria es –en principio– la parte o las partes que hayan cumplido una prestación prevista en el negocio nulo. A diferencia de la acción declarativa de la nulidad, que puede hacerse valer por cualquier que tenga interés en ella e incluso por el juez, de oficio, la restitutoria limita la legitimación activa a las sujetos que han cumplido con alguna de las prestaciones a las que dio lugar el negocio. El demandado en la acción de restitución no tiene por qué coincidir con el demandado en la acción de nulidad.

³²⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restitución y responsabilidad*, pp. 606-609.

³²⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restitución y responsabilidad*, pp. 622-623.

1.2. Efectos: retroactividad técnica

La declaración de nulidad prohíbe prevalerse del negocio nulo para extraer consecuencias de sus efectos en el pasado o para hacer que produzca nuevos efectos (proyecta sus efectos hacia el futuro). La acción restitutoria, por el contrario, tiene como presupuesto la invalidez del negocio y sirve para deshacer los efectos que pueda haber producido el negocio invalidado (proyecta sus efectos hacia el pasado)³²⁶.

El negocio prohibido puede encontrarse en tres situaciones distintas: 1º) puede estar viciado por una causa de nulidad; 2º) puede estar invalidado (declaración de nulidad); y 3º) además, una vez invalidado, pueden deshacerse los efectos que haya producido durante el periodo en el que se encontraba viciado por la causa de invalidez.

La entrega de una cosa o la prestación de un servicio en virtud del negocio prohibido permite diferenciar las siguientes situaciones posesorias: en un primer momento, el negocio existe y puede producir la transferencia de la propiedad en tanto que no haya sido invalidado (el adquirente posee la cosa a título de dueño); una vez invalidado, el contrato no podrá producir los efectos jurídicos que le correspondan (el adquirente deja de ser propietario y se convierte en deudor de la obligación de restituir la cosa o su valor); y, finalmente, la acción restitutoria servirá para reclamar el derecho de crédito sobre la cosa (cuando se pueda recuperar su posesión) o su valor.

La acción de nulidad es declarativa en cuanto constata la causa de nulidad y constitutiva en la medida en que pronuncia sobre la misma. La acción restitutoria permite una retroactividad técnica, de forma que las partes que llevaron a cabo el negocio puedan volver al pasado. No es una retroactividad ficción que desconozca la realidad de unos hechos, como sucedería si se toma como referencia la concepción clásica definida como estado del acto (el negocio no existió jamás y es nulo desde su celebración); es una retroactividad técnica que se apoya en unos hechos que se han producido en virtud de un negocio inválido y que para su eliminación requieren el ejercicio de la acción restitutoria³²⁷.

Los efectos de la nulidad y de la restitución tienen, en consecuencia, un alcance distinto: la declaración de nulidad suprime los efectos jurídicos del negocio prohibido y es oponible a todos (es objetiva); la restitución, por el contrario, tiene por objeto restablecer una situación subjetiva, produce efectos respecto de quien cumplió la prestación y de quien la recibió (es subjetiva)³²⁸.

³²⁶ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 638-643.

³²⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 796.

³²⁸ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 598-599.

2. Finalidad: suprimir los efectos materiales cuando proceda

La acción de nulidad y la restitutoria difieren en cuanto a su finalidad. Como señala la doctrina francesa, la nulidad tiene por objeto suprimir los efectos jurídicos ilícitos del acto, pretende restaurar la legalidad transgredida a raíz de la celebración de un contrato inválido (finalidad objetiva); mientras que la restitución fundada en el cumplimiento de la prestación en ejecución del negocio nulo persigue la supresión de las consecuencias materiales, sirve para restablecer el equilibrio patrimonial de las partes (finalidad subjetiva)³²⁹.

La restitución de las cosas que se hayan entregado en virtud de un negocio inválido depende jerárquicamente y se justifica a partir del fundamento y la finalidad de la acción declarativa de la nulidad: la acción de nulidad tiene como fundamento la violación de una norma imperativa relativa a la celebración del negocio (causa de invalidez) y su finalidad es restaurar la legalidad de forma objetiva (ineficacia jurídica); la acción restitutoria tiene como fundamento el cumplimiento de la obligación nacida del negocio afectado por la causa de invalidez y su finalidad es restablecer el equilibrio patrimonial entre las partes de acuerdo con criterios subjetivos.

Las reglas relativas a la restitución se desarrollan en los artículos 1300 a 1314 CC. En estos preceptos se gradúa la restitución de lo entregado teniendo en cuenta los distintos tipos de invalidez (nulidad y anulabilidad) que pueden dar lugar a la restitución; y las circunstancias de las partes (por ejemplo, el artículo 1304 CC establece que el incapaz no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con respecto a la cosa o precio que recibió)³³⁰.

II. La regla general: la recíproca restitución

El artículo 1303 CC recoge la regla general: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes». Este precepto se desarrolla a lo largo de los artículos siguientes en consonancia con el carácter personal de la acción restitutoria. A diferencia de la nulidad, la legitimación, el plazo y el alcance de la restitución dependen de las

³²⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 596.

³³⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 585-587, señala con respecto a la aplicación de esta regla en el Derecho francés (artículo 1312 del *Code civil*), que constituye «una derogación del principio de la restitución integral de la prestación recibida en ejecución del contrato anulado» que suele fundamentarse a partir de la regla del enriquecimiento injusto y el principio de que el menor no puede ser perjudicado (esta segunda hipótesis es la que más le convence).

circunstancias que rodean a las partes que llevaron a cabo el negocio nulo cuyo cumplimiento ha dado lugar a un derecho de crédito.

1. La legitimación para el ejercicio de la acción restitutoria

La acción restitutoria no tiene carácter *erga omnes*, no se puede ejercitar por cualquiera que tenga interés en ella. Sólo tienen legitimación activa las partes que tengan derecho al crédito resultante del cumplimiento de un negocio nulo, frente a aquellas que hayan recibido la prestación derivada del mismo, que tendrán legitimación pasiva. La reciprocidad de la restitución da lugar a que en la mayoría de los casos las partes hayan entregado y recibido algo a cambio, por lo que tendrán legitimación activa y pasiva.

1.1. Legitimación activa

Los sujetos que hayan participado en la realización del negocio prohibido pueden solicitar la *restitutio in integrum* de todo aquello que hubiesen dado o entregado en cumplimiento del mismo (artículo 1303 CC). La acción de restitución es una acción personal y, por tanto, sólo puede ejercitarse entre las partes que hayan realizado alguna prestación en virtud de un negocio nulo (o sus causahabientes). No obstante, en algunos supuestos excepcionales pueden asumir legitimación activa terceras personas ajenas al negocio (por ejemplo, la administración concursal)³³¹.

El Tribunal Supremo ha señalado de forma reiterada que puede decretarse la restitución de las prestaciones sin incurrir en incongruencia cuando se declara la nulidad del contrato. De hecho se postula que tal consecuencia restitutoria es necesaria y automática³³². Sin embargo, las diferencias entre el fundamento, la finalidad y los efectos de estas acciones nos conducen a afirmar lo contrario. Habrá que interpretar el contenido de la demanda y su suplico para determinar si el juez puede o no pedir la restitución de la cosa sin incurrir en incongruencia.

En este sentido, un sector de la doctrina sostiene que en aquellos casos en que se solicita única y exclusivamente que se declare la nulidad, ésta no tiene que ir acompañada necesariamente de la restitución. Puede que el actor no esté interesado en

³³¹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 244.

³³² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 229, citan, entre otras, la STS 22-11-1983, sobre nulidad de acuerdos novatorios, donde se afirma que la restitución «es un efecto inmediato y elemental, que no altera la armonía entre lo pedido y lo concedido, de la anulación decretada, efecto tendente a evitar, sin necesidad de un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra y a dar cumplimiento –*iura novit curia*– a la disposición de los artículos 1.303 Cc».

la restitución de lo que se entregó en virtud del negocio prohibido porque en ese caso se vería obligado a devolver lo que recibió, o que la cosa se haya destruido o perdido, o esté en manos de terceros que hayan adquirido de forma irreivindicable. Si ninguna de las dos partes quiere la restitución nada parece legitimar al juez para que pueda decretarla de oficio³³³ ya que, como se ha expuesto, el interés que se protege con la restitución es estrictamente personal.

Otra cuestión distinta es que una de las partes pida la declaración de nulidad y la consiguiente restitución y la otra el cumplimiento. En estos casos, la jurisprudencia suele decretar de oficio la restitución a favor de quien defendió la validez del contrato y no pidió para el caso de que se declarase la invalidez la restitución de lo entregado por él. Con esta medida se trata de evitar que el condenado a restituir lo haga sin recibir a cambio la prestación que recibió. Los efectos de la restitución pedida por una parte alcanzan a la otra (al menos siempre que proceda la aplicación del artículo 1303 CC).

En resumen, pueden pedir la restitución: las partes (o sus causahabientes) que realizaron alguna prestación en virtud del negocio nulo; y el juez, de oficio, cuando sólo una de las partes haya pedido la restitución, en beneficio de la parte que no la haya pedido porque sostenga la validez del negocio.

1.2. Legitimación pasiva

La acción de restitución debe ejercitarse frente a la parte que recibió la cosa o el precio. El demandado en la acción de nulidad suele ser también el demandado en la acción restitutoria. No obstante, puede suceder que se interponga una demanda pidiendo la nulidad del negocio y la parte demandada interponga una demanda reconventional pidiendo la restitución, de forma que el sujeto activo de la acción de nulidad sería el sujeto pasivo de la restitutoria; o que el sujeto pasivo de la acción restitutoria sea un tercero (por ejemplo, un prestamista que actúa en nombre del adquirente y paga una parte del precio del contrato en virtud de un contrato de préstamo).

Si la obligación es parciaria y, en consecuencia, hay varias personas que tienen que restituir, habría que aplicar –en principio– lo dispuesto en el artículo 1137 CC: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria». Sin embargo, la jurisprudencia ha matizado la presunción de no solidaridad en los

³³³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 237-242.

últimos años y suele condenar solidariamente cuando ésta es la única o la mejor manera de satisfacer al acreedor³³⁴.

Cuando la cosa objeto del negocio haya pasado a manos de un tercero se podrá pedir la restitución por valor y/o plantear la acción reivindicatoria (a este supuesto nos referiremos más adelante)³³⁵. Aunque se observa una cierta propensión a entender que la propia nulidad permite recuperar las cosas aunque se encuentren en manos de terceros aduciendo el brocardo *resoluto iure dantis resolvitur et accipientis*, el Código Civil no acoge esta solución³³⁶. En estos casos deben respetarse las reglas relativas a la posesión.

2. El plazo para su ejercicio

Los países de nuestro entorno que -al igual que el nuestro- acogen un sistema causalista, parten de la dualidad nulidad-restitución. Sin embargo, difieren en cuanto al carácter imprescriptible o prescriptible de la declaración de nulidad y el plazo para el ejercicio de la acción restitutoria derivada de la misma. En este sentido, en Francia -donde durante años se ha partido de la imprescriptibilidad de la nulidad- se viene afirmando que tanto la nulidad como la restitución están sujetas a un plazo de prescripción de treinta años (artículo 2262 *Code Civil*); y en Italia la nulidad no está sujeta a prescripción, pero la acción de repetición está sujeta al plazo ordinario de diez años (artículo 1422 *Codice Civile*)³³⁷.

El caso de Francia es particularmente representativo. En los últimos años la doctrina y la jurisprudencia han abandonado la tesis de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, sostenida antaño, y predomina la tesis que considera que la nulidad prescribe en el plazo de treinta años del Derecho común (artículo 2262 *Code Civil*: «todas las acciones tanto reales como personales, prescriben por el plazo de 30 años») a contar desde el día en que se hubiera celebrado el negocio prohibido o,

³³⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 57.

³³⁵ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 443. Vid. también, sobre la reivindicatoria, VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. III, 8ª ed., Reus, Madrid, 1976, p. 186; MONTES, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo: (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1989, p. 270; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil III*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1983, p. 344; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1988, p. 736.

³³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 244. El Código Penal recoge una norma que fundamenta un derecho de restitución frente a cualesquiera terceros poseedores de la cosa para el caso en que alguien haya sido privado de su posesión como consecuencia de la comisión de un delito. El artículo 111 CP incluye en la responsabilidad civil derivada de delito o falta la restitución de la cosa en manos de cualesquiera terceros. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Tipología del justo título en la usucapción. Crónica de una cuestión pendiente», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, 2001, pp. 547-679, en pp. 589-604, sostiene que el tercero, que no fue parte en el contrato, puede ejercer la acción de restitución en los casos de nulidad absoluta.

³³⁷ GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 321.

excepcionalmente, desde el día en que el titular de la acción está en posibilidad de invocarla³³⁸.

La doctrina francesa admite de forma mayoritaria que todas las acciones de nulidad son prescriptibles. La acción de nulidad está sometida, en principio, a la prescripción de treinta años del derecho común (artículo 2262 del *Code Civil*), salvo que la ley haya previsto un plazo menor: la acción de nulidad absoluta prescribe a los treinta años; mientras que la de las nulidades relativas estará comprendida en el plazo más corto previsto por el artículo 1304 del *Code Civil*, reducido de diez a cinco años por una ley del 3 de enero de 1968.

El plazo de prescripción de la acción de nulidad comienza a correr a partir del día de la celebración del acto irregular, salvo que una determinada norma prevea un punto de partida ulterior. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las nulidades relativas. De acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 1304 del *Code Civil*, el punto de partida de la prescripción se sitúa en «el día del conocimiento del dolo o del error, al de la cesación de la violencia, al de la mayoría para los actos del menor y al del conocimiento del acto para el mayor de edad en tutela, cuando estuviera en situación de rehacerlo válidamente». Asimismo se admite que, excepcionalmente, el plazo de prescripción de la acción de nulidad comience a contar desde el día en que el titular de la acción esté en condiciones de invocarla³³⁹. En todos estos casos, la doctrina mayoritaria considera que la acción de restitución empezaría a correr desde el día de la declaración de la nulidad, de forma que el transcurso del plazo de prescripción de la acción de nulidad (treinta años) impediría el ejercicio de la acción de restitución (treinta años)³⁴⁰.

Si se traslada este planteamiento a nuestro Derecho Civil, la declaración de nulidad podría sujetarse al plazo de quince años previsto para las acciones personales que no tienen señalado término especial (artículo 1964 CC); la anulabilidad al plazo de cuatro años que se recoge en el artículo 1301 CC; y la acción restitutoria derivada de éstas a los referidos quince años previstos para las acciones personales que no tienen señalado término especial. Sin embargo, esto supondría equiparar la nulidad y la anulabilidad a las acciones personales, poniendo en el mismo nivel el interés general (invalidez) y el particular (restitución).

³³⁸ Esta es la tesis que sostiene, entre otros, BUFNOIR, Claude, *Propriété et contrat*, LGDJ, 1900, p. 659.

³³⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 525-527.

³⁴⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 611-612. Vid. también, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 23, nº 3, 1970, pp. 519-542, en pp. 521-524 (este último autor resume los principales planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia francesa).

La doctrina italiana mayoritaria se distancia de la francesa afirmando el carácter imprescriptible de la nulidad (artículo 1422 del *Codice Civile*) y sujetando la acción restitutoria al plazo ordinario de diez años previsto en el artículo 2946 del *Codice Civile*³⁴¹. En consonancia con estos preceptos, la acción declarativa de la nulidad no está sujeta a prescripción salvo los efectos de la usucapión (artículos 1158 y siguientes del *Codice Civile*) y de la prescripción de las acciones de repetición previstas en los artículos 2934 y siguientes del *Codice Civile*. Este esquema es trasladable a nuestro Derecho privado si bien el plazo para el ejercicio de la acción restitutoria se vería incrementado en cinco años (quince años en lugar de diez), en los términos previstos en el artículo 1964 CC.

La doctrina y la jurisprudencia españolas vienen considerando que la acción declarativa de la nulidad no prescribe³⁴² y que es la acción restitutoria que se derive de la misma la que lo hace en un plazo de quince años (artículo 1964 CC) desde el día en que pudo ejercitarse (artículo 1969 CC). La acción declarativa de nulidad tiene como finalidad principal suprimir los efectos jurídicos del negocio prohibido (ineficacia) y no está sujeta a plazo (vela por el interés general). Sin embargo, la acción restitutoria que, en su caso, se pueda derivar de aquella, tiene como finalidad la supresión de los efectos materiales (entrega de la cosa, del dinero, prestación de servicio...) y, por razones de seguridad jurídica, está sujeta a plazo (salvaguarda intereses particulares).

Un sector minoritario de la doctrina matiza que el plazo de prescripción de la acción de restitución comienza a contar desde que el negocio empieza a producir efectos (el día que pudo ejercitarse la acción)³⁴³. La prescripción de la nulidad opera cuando resulta necesario ejercitar la acción para que pueda considerarse que el negocio es nulo, de forma que el plazo comenzaría cuando éste haya empezado a producir algún efecto o si lo que se pide es el cumplimiento, desde ese momento. Aunque el principal defensor de esta tesis sostiene que «la acción de nulidad sí prescribe», esta conclusión se alcanza a partir de la integración de la acción restitutoria (a la que denomina acción de nulidad) dentro de la nulidad, por lo que la mayoría de las soluciones que ofrece son trasladables a la construcción que se propone.

A nuestro parecer, la declaración de nulidad no está sujeta a plazo (ineficacia definitiva del negocio prohibido), pero la acción restitutoria derivada de ésta prescribe en el plazo de quince años desde el día en que pudo ejercitarse, esto es: cuando la acción

³⁴¹ GALGANO, *El negocio jurídico*, p. 321.

³⁴² Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 184-191. En contra, vid. la concepción integradora de la nulidad y la restitución de PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 241, a la que ya se hizo referencia.

³⁴³ PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 241, matiza su planteamiento inicial en *Nulidad y anulabilidad*, p. 298, sobre el cómputo del plazo en aquellos casos en que el contrato empieza a producir efectos.

de nulidad se ejercita para obtener la restitución de la prestación, el plazo de prescripción comienza a contar desde que el negocio empezó producir efectos (si no ha producido efectos, el plazo de prescripción no comenzará a contar, puesto que la persona a quien perjudica se halla en una situación acorde a sus intereses); y si el negocio comienza a producir algunos efectos sin que se hayan producido todos, la prescripción de la acción comienza desde que se ha producido alguno de sus efectos, esto es, desde de alguna de las partes lo haya hecho valer (por ejemplo, en la compraventa, después de que se haya pagado una parte del precio).

3. El alcance de la restitución

El alcance de la restitución comprende todas aquellas cosas o prestaciones que se hayan derivado del negocio nulo. Para determinar el referido alcance hay que examinar: 1º) el momento en el que debe evaluarse el valor de la cosa o de las prestaciones; 2º) la naturaleza de las obligaciones a las que haya dado lugar el negocio nulo; y, en su caso, 3º) la pérdida de la cosa.

3.1. El momento de la evaluación de la restitución

Con carácter general, suelen tenerse en cuenta los siguientes momentos a la hora de determinar el valor de la cosa o de las prestaciones: 1º) su valor el día de la venta, en el estado que tenían ese día; 2º) su valor el día de la restitución, en el que estado en el que se encontraban ese día; y 3º) el valor de la cosa el día de la restitución, en el estado que tenía el día de la venta³⁴⁴.

Si se toma como referencia el valor de la cosa el día de la venta en el estado que tenía ese día, se transfiere la depreciación monetaria y del bien al comprador. Este planteamiento toma como punto de partida la ficción de que el negocio inválido no existió jamás y sus efectos no llegaron a producirse.

Si se prefiere el valor de la cosa en el día de la restitución en el estado en el que se encontraba ese día, la carga de la depreciación monetaria y del bien se transfiere al vendedor.

Si se opta por el valor de la cosa el día de la restitución en el estado que tenía el día de la venta se superan los anteriores inconvenientes³⁴⁵. La restitución opera de forma complemente objetiva, con independencia de cuál haya sido el comportamiento

³⁴⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 578-581, recoge esta clasificación.

³⁴⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 580, aboga por este sistema que, según indica, propuso MALAURIE, *Le droit civil des restitutions*, p. 185.

posterior de las partes. La doctrina y la jurisprudencia francesa han optado por este sistema. La dificultad está en determinar el valor real de las prestaciones, aspecto para el que puede ser necesario acudir a expertos, economistas, contables o técnicos que puedan hacer una correcta valoración.

El Código Civil español es compatible con esta última forma de valoración de la restitución, con las matizaciones que se introducen en los artículos 1303 y ss. CC y las reglas relativas a la posesión. Cuando es posible la restitución, la regla general es que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses (artículo 1303 CC). De este modo, se relativiza la depreciación monetaria y del bien teniendo en cuenta los frutos y los intereses que se hayan generado desde el día de la venta, atendiendo, eso sí, al valor de la cosa el día de la restitución en el estado que tenía el día de la venta. Asimismo, cuando no es posible la restitución de la cosa, se aplican las reglas previstas en el artículo 1307 CC, que dispone: «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad, a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha». La regla en nuestro derecho es, por tanto, que cuando no puede devolverse la cosa, debe devolverse una suma de dinero representativa de su valor en la fecha que se perdió y los frutos percibidos y los intereses desde esa misma fecha³⁴⁶. En este caso, el valor de la cosa no es el del día de la restitución sino el del día de la pérdida, limitándose la obligación de crédito del adquirente al periodo en el que tiene la cosa a su disposición. Este esquema es coherente con el fundamento y la finalidad de la acción restitutoria puesto que permite suprimir una situación de hecho que se ha producido entre las partes a raíz de una obligación nacida de la ejecución de un negocio nulo en consonancia con sus circunstancias subjetivas y, en particular, con las reglas que rigen para la posesión.

3.2. La restitución de las prestaciones

El artículo 1303 CC consagra el principio de reciprocidad de la restitución («los contratantes deben restituirse recíprocamente»). Este principio implica que mientras una de las partes no devuelva aquello que está obligada a devolver -en virtud de la declaración de nulidad- no puede ser compelida la otra a cumplir lo que le corresponda (artículo 1308 CC). Obviamente, cuando sólo tenga que recibir o sólo haya recibido la prestación una de ellas, será ésta la que tendrá que restituir³⁴⁷.

³⁴⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 108.

³⁴⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 87.

La restitución puede ser de cosas (dar) o puede consistir en hacer o deshacer algo³⁴⁸. Aunque el artículo 1303 CC está pensando en la compraventa (obligación de dar), este precepto suele generalizarse en cuanto sea posible a otros negocios distintos (obligación de hacer o no hacer).

A. Restitución como consecuencia de una obligación de dar

El acreedor de la obligación de restituir no debe recibir ni más ni menos que la prestación que ha llevado a cabo en ejecución de la obligación que se derivaba del negocio que se ha declarado nulo, dentro del marco jurídico subjetivo que se establece en nuestro CC (principalmente, las reglas relativas a la posesión). El derecho de restitución comprende: 1º) la restitución de la cosa y sus frutos; y 2º) el precio con sus intereses.

Si se entregó una cosa determinada y específica, habrá que devolver el mismo objeto que se entregó en el estado en que se encuentra cuando se reclame (valor de la cosa el día de la restitución, en el estado que tenía el día de la venta). Esta regla general debe matizarse indicando que -de acuerdo con el principio de restitución integral de la prestación cumplida- también habrá que tener en cuenta los eventuales aumentos y pérdidas de valor (gastos y mejoras / uso y deterioro) que hubiere sufrido; una vez declarada la nulidad, el vendedor no habría perdido la propiedad por lo que adquirirá por accesión lo edificado, plantado o sembrado por el adquirente; la restitución de la cosa alcanza a sus frutos; y si la cosa ya no existe, la restitución será por equivalente (valor de la cosa el día de la restitución según su estado el día de la ejecución de la prestación) teniendo en cuenta que el valor de la cosa es diferente del precio fijado en el contrato³⁴⁹.

A falta de preceptos específicos que se ocupen de los gastos, mejoras y deterioros que pueda haber experimentado la cosa, la doctrina suele aplicar los artículos 453 y ss. CC. De acuerdo con lo dispuesto en estos artículos, la restitución de los gastos, mejoras y deterioros que afecten a la cosa que se haya entregado en virtud de un negocio prohibido se regirá por las siguientes reglas: 1º) el poseedor (adquirente) recibe el abono de los gastos necesarios y, si es de buena fe, puede retener la cosa hasta que el vendedor le satisfaga (artículo 453 párrafo 1º CC); 2º) los gastos útiles también se le abonan al poseedor (adquirente) de buena fe, con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el vendedor por satisfacer el importe de los gastos o abonar el consiguiente aumento del valor que haya experimentado la cosa (artículo 453 párrafo 2º CC); 3º) los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor

³⁴⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 59.

³⁴⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 682, recoge estas reglas que, a nuestro parecer, son plenamente trasladables a nuestra acción restitutoria.

(adquirente) de buena fe, pero puede llevarse los adornos con los que hubiere embellecido la cosa si ésta no sufre deterioro y el vendedor no prefiere abonar el importe de los gastado (artículo 454 CC); 4º) los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonan al poseedor (adquirente) de mala fe, pero puede llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido siempre que la cosa no sufra deterioro y el vendedor no quiera quedarse con ellos abonando su valor en el momento de recuperar la posesión (artículo 455 CC); 5º) las mejoras procedentes de la naturaleza o del tiempo ceden en beneficio del vendedor (artículo 456 CC); 6º) el vendedor no está obligado a abonar las mejoras que hayan dejado de existir al recuperar la posesión (artículo 458 CC); y 7º) el poseedor (adquirente) de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída salvo que se justifique que ha actuado con dolo, mientras que el poseedor (adquirente) de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, aun de los ocasionados por fuerza mayor, cuando haya retrasado maliciosamente la entrega de la cosa a su poseedor legítimo (artículo 457 CC).

Un sector de la doctrina francesa ha tomado como referencia el valor de la cosa el día de la restitución en el estado que tenía el día de la venta en términos estrictamente objetivos y considera que el adquirente debe indemnizar en todo caso al vendedor por la depreciación debida al uso o al deterioro de la cosa (de lo contrario no se valoraría la cosa el día de la restitución en el estado que tenía el día de la venta). De acuerdo con este planteamiento, la depreciación de la cosa es una circunstancia objetiva que opera con independencia de la culpa de las partes³⁵⁰. El incremento de valor de la cosa como consecuencia de la actividad del adquirente y los gastos y mejoras quedan fuera del derecho de restitución y, en consecuencia, dan lugar a una indemnización a favor de este último³⁵¹. El vendedor debe indemnizar las mejoras que haya realizado el adquirente por compensación, imputando su equivalente al monto de las restituciones. Este criterio de valoración implica que las pérdidas de valor no imputables al adquirente que se hubieran producido si la cosa hubiese permanecido en el patrimonio del vendedor tampoco generan derecho de restitución³⁵². En esta línea, se señala que quedan fuera del ámbito de la restitución las pérdidas no imputables al adquirente, esto es, aquellas que se habrían producido igualmente si la cosa hubiera permanecido en el patrimonio del vendedor, teniendo en cuenta su estado inicial; y el beneficio que habría obtenido el vendedor de un negocio similar realizado con un tercero y perdido a raíz de la celebración del negocio nulo³⁵³.

Por nuestra parte, entendemos que el adquirente que pierde la propiedad de la cosa a raíz de la declaración de nulidad mantiene la posesión, por lo que la restitución

³⁵⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 688-690.

³⁵¹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 693-694.

³⁵² GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 695.

³⁵³ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 696-699.

debe realizarse en armonía con lo dispuesto en los artículos 453 y ss. CC, con ciertos matices que se derivan del planteamiento que se acaba de exponer. En primer lugar, la depreciación no debe equipararse al deterioro o pérdida. La pérdida de valor por el uso o por el paso del tiempo debería ser indemnizable a favor del vendedor (depreciación objetiva). El deterioro se ajustaría a las reglas para la posesión (depreciación subjetiva); y la pérdida de la cosa a la regla prevista en el artículo 1307 CC (que excluye la aplicación del artículo 457 CC). Del mismo modo, los incrementos de valor tampoco deberían confundirse con los gastos o mejoras. Los incrementos de valor darán derecho a una indemnización a favor del adquirente (la apreciación objetiva queda fuera de la restitución); mientras que los gastos y mejoras se rigen por las reglas previstas para la posesión (apreciación subjetiva).

Una vez declarada la nulidad, el sujeto que entregó la cosa no habría perdido la propiedad por lo que adquiriría por accesión lo edificado, plantado o sembrado por el poseedor en virtud del negocio nulo (artículos 358 y ss. CC), diferenciándose dos supuestos: si el poseedor de la cosa en virtud del negocio nulo edificó, plantó o sembró de buena fe, el propietario deberá indemnizarle (artículos 453 y 454 CC); y si por el contrario actuó de mala fe, el dueño del terreno podrá exigir la demolición de lo edificado o que se arranque lo plantado o sembrado, reponiendo las cosas a su estado primitivo a su costa (artículo 362 y 363 CC). Resulta particularmente interesante la valoración de la buena o mala fe en estos supuestos.

Con carácter general, se presume la mala fe del poseedor cuando, conociendo la causa de nulidad, edifique, plante o siembre en perjuicio del dueño del terreno. Cuando los dos conocen la causa de nulidad, el que entrega asume el riesgo de que la cosa sea utilizada, por lo que no se apreciaría mala fe³⁵⁴.

El criterio de valoración objetiva que toma como referencia el valor de la cosa el día de la restitución según su estado el día de la ejecución de la prestación daría lugar a la indemnización a favor del adquirente en todo caso puesto que si el bien hubiera permanecido en su estado inicial no se habría producido la referida accesión. Por nuestra parte entendemos que habrá que tener en cuenta la buena o mala fe del poseedor (aspecto subjetivo). De lo contrario, se podrían favorecer actuaciones contrarias a los intereses del verdadero propietario.

El alcance de la restitución de los frutos puede interpretarse de forma aislada (o literal); en relación con los preceptos que regulan la liquidación de un estado posesorio

³⁵⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 59-60, se refiere a estos supuestos, y añade que «cuando se den los requisitos precisos para ello, se podrá aplicar la teoría de la “accesión invertida”, convirtiéndose quien edificó en dueño del suelo, con la indemnización correspondiente al dueño de éste».

y que atienden a la buena o mala fe del poseedor; y de acuerdo con la finalidad de la acción restitutoria.

La interpretación literal del artículo 1303 CC impondría la devolución de todos los frutos percibidos en virtud del contrato nulo y el abono de todos los gastos que haya ocasionado, sin tener en cuenta la buena o mala fe de los contratantes (sin perjuicio de que el contratante de mala fe deba indemnizar además los daños y perjuicios derivados de su conducta). Se restituirían *in natura* los frutos que permanezcan en poder del contratante y por equivalente los consumidos. En cuanto a los vendidos, se podrían recuperar *in natura*, aunque estén en poder de un tercero, salvo la eventual aplicación del artículo 464 CC al tercero de buena fe (supuesto al que nos referiremos más adelante); u obtener la devolución por equivalente a cargo del transmitente. Si se opta por esta solución, habría que preguntarse si los frutos debidos son los realmente percibidos; los que hubiera debido producir la cosa; o los que la cosa hubiera producido de haber permanecido en poder del vendedor. Lo más lógico sería entender que los frutos debidos son los que normalmente habría producido la cosa, según una valoración objetiva, descontando los gastos necesarios que debieron emplearse para obtener el rendimiento normal, también con base en una valoración objetiva. Sin embargo, en la práctica la valoración no es sencilla y suele optarse por la liquidación según los frutos realmente percibidos y los gastos realmente efectuados.

La doctrina mayoritaria suele separarse de la interpretación literal del artículo 1303 CC y aplica los artículos 451, 455 y 1896 CC, que atienden a la buena o mala fe del contratante poseedor³⁵⁵. Si se aplican las reglas previstas en estos preceptos para la restitución de los frutos: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y no tiene que abonar nada por este concepto, mientras que el poseedor de mala fe debe abonar los frutos percibidos y los que su contratante hubiera podido percibir. La aplicación de estas reglas ha dado lugar a distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Algunos autores atribuyen al artículo 1303 CC la regulación de las relaciones *inter partes* dirigidas a la restitución de lo prestado en razón del contrato nulo, circunscribiendo la aplicación de los artículos 451 CC y 455 CC a los supuestos en que la restitución ha de hacerla el poseedor que adquirió a *non domino* de tercera persona ajena al acto de adquisición³⁵⁶. Otros consideran que los artículos 451 y 455 CC

³⁵⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «De la nulidad de los contratos», (Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil); y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 230-346, en p. 378.

³⁵⁶ MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», LLAMAS POMBO, Eugenio, (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 281-303, p. 160, de otra opinión en 1993, p. 289, citados por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 257.

también se aplican cuando el título –nulo- procede a *domino*³⁵⁷. La jurisprudencia también es contradictoria en esta materia. En algunos casos se muestra a favor de la restitución de frutos y en otros manifiesta el carácter insuficiente del artículo 1303 CC³⁵⁸.

De acuerdo con el criterio de valoración propuesto, la evaluación de la cosa y de sus frutos se produciría el día de la restitución en el estado inicial el día de entrega, por lo que el adquirente sólo tendría que restituir los frutos de la cosa recibida provenientes de su estado el día de la entrega pero no los posteriores con independencia de su buena o mala fe³⁵⁹. Sin embargo, sin perjuicio de que los frutos que deberían restituirse por parte del adquirente serían estrictamente aquellos que recibió el día de la entrega, cabe entender que, por aplicación de las reglas de la posesión, el poseedor (adquirente) de mala fe también debería abonar «los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir».

Si la cosa ha dejado de existir, la restitución será por equivalente (valor de la cosa el día de la restitución según su estado el día de la ejecución de la prestación) teniendo en cuenta que el valor de la cosa es diferente del precio fijado en el contrato. El principio de restitución en especie implica que no se puede imponer a una de las partes la restitución por valor mientras resulte posible la restitución en especie; y la restitución parcial debe completarse por medio de una reparación por equivalente. Procede la restitución por equivalente cuando la restitución en especie es imposible por la naturaleza de la prestación (obligación de hacer), por circunstancias posteriores a la ejecución (deterioro o venta a tercero), o por la naturaleza del objeto de la prestación ejecutada (cosa consumible); y cuando es inútil³⁶⁰.

Si se entregó una cosa genérica, habrá que devolver otro tanto de la misma especie y cantidad. En este caso, cabe la posibilidad de que los intereses concurrentes impongan que quien devuelve el género tenga derecho al reembolso de los gastos de almacenamiento y custodia.

La devolución del precio plantea dudas sobre si debe devolverse la misma cantidad prestada, con los intereses legales desde la fecha de su entrega (criterio nominalista) o una suma representativa del valor real de la cosa o servicios en el

³⁵⁷ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 257.

³⁵⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 71, que cita las sentencias de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 2004, que aplican de forma literal el artículo 1303 CC; y las sentencias de 10 de febrero de 1970 y de 14 de junio de 1976, que tienen en cuenta la buena o mala fe del contratante restituyente. En idéntico sentido, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 257-258.

³⁵⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 684-688.

³⁶⁰ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 732-734.

momento de la devolución, atendiendo a los precios normales de mercado (criterio valorista)³⁶¹. Con carácter general, se suele optar por el criterio nominalista salvo que las partes hayan manifestado su intención de aplicar el criterio valorista, o éste se deduzca de forma inequívoca de las circunstancias del caso. De acuerdo con el tenor literal del artículo 1303 CC, el precio se devolvería con sus intereses legales, con independencia de cuales sean los intereses reales que ha percibido la parte que tiene que restituir³⁶². En consonancia con el criterio de valoración que hemos expuesto, la evaluación de la cosa y de sus frutos se produciría el día de la restitución en el estado inicial el día de entrega, de ahí que el vendedor deba restituir los intereses legales del precio percibido desde el día del pago para evaluar el precio pagado el día de la restitución³⁶³.

B. Restitución como consecuencia de la ejecución de una obligación de hacer o no hacer

La restitución de las prestaciones de hacer o no hacer indebidamente ejecutadas puede realizarse por medio de una prestación de hacer de sentido inverso. No obstante, por lo general la restitución suele llevarse a cabo por medio de una prestación de dar consistente en la entrega de una suma de dinero equivalente al valor de la prestación. De hecho, algunos autores afirman que la restitución *in natura* es exclusiva de la obligación de dar (cosa o dinero); mientras que la restitución por equivalente es típica de la obligación de hacer³⁶⁴.

La restitución de una prestación cumplida en ejecución de una obligación de hacer contenida en un negocio invalidado reposa sobre un hecho jurídico que determina la restitución integral de la prestación ejecutada por parte de quien se ha beneficiado con ella. La restitución por valor de este tipo de prestaciones requiere tener en cuenta que aquella es independiente de la contrapartida prevista en el negocio. Se trata de dejar a las partes en el estado patrimonial en que tendrían si no se hubiera ejecutado la obligación de hacer, de ahí que la cuantía de la restitución sea independiente de la cuantía establecida en el negocio (el valor de la prestación cumplida puede ser inferior a la contrapartida prevista en el mismo).

C. Restitución de las obligaciones sucesivas de dar o hacer

La doctrina se ha planteado si en el caso de las prestaciones continuas la nulidad debe producir efectos exclusivamente hacia el futuro, respetándose, por tanto, los

³⁶¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 61-62.

³⁶² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 68-69.

³⁶³ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 684-688.

³⁶⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 63, cita a MOSCATI, Enrico, *Pagamento dell'indebito*, 1ª ed., Commentario del Codice Civile, a cura di SCIAJOLA, Antonio e BRANCA, Giuseppe, Libro IV, (Delle Obligazioni –arts. 1028-2042), Bologna, 1981, p. 168, cita nº 8.

efectos ya producidos como si se tratase de una relación contractual de hecho³⁶⁵. Sin embargo, también se argumenta en sentido contrario que la tesis de las prestaciones continuadas permite que un acuerdo nulo surta efectos³⁶⁶ y puede dar lugar al enriquecimiento injusto de una de las partes del negocio nulo cuando sólo haya cumplido una de ellas.

La alternativa a esta tesis sería la aplicación del artículo 1307 CC -relativo la pérdida de la cosa- que daría lugar a la entrega del «valor que tenía la cosa cuando se perdió»³⁶⁷. Si se admite esta solución, la restitución de las contraprestaciones se efectuaría con independencia de que éstas sean irrestituibles *in natura* o de tracto sucesivo³⁶⁸. Las partes tendrían que restituirse las prestaciones realizadas mediante el pago de su valor en dinero, calculado según apreciación objetiva. Esta es, aparentemente, la solución que mejor se ajusta al fundamento y a la finalidad de la acción restitutoria. La restitución de las prestaciones sucesivas se realizaría tomando como referencia su valor el día de la restitución de acuerdo al estado en el que se encontraban el día de la ejecución de la prestación.

3.3. La restitución por pérdida de la cosa

El artículo 1307 CC dispone: «Siempre que el obligado por la declaración de nulidad, a la devolución de la cosa, no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha». La regla en nuestro derecho es que cuando no puede devolverse la cosa debe restituirse una suma de dinero representativa de su valor en la fecha que se perdió y los frutos percibidos y los intereses desde esa misma fecha³⁶⁹. Aunque este precepto está pensado para la pérdida de cosas materiales y específicas, su

³⁶⁵ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 255-257, se refieren a esta posibilidad aunque prefiere optar por la contraria, la restitución por valor. En Italia, GENOVESE, «Disciplina del rapporto obbligatorio regole obbligatorio e regole di concorrenza», pp. 144-145. En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 627-629, cita, entre otros, a PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, STRACK, MAZEAUD, CHABAS, CARBONNIER, LE GALCHER-BARON, FARJAT, OLLIER, RAYNAUD, DROGOU, PIÉDELÈVRE, LUTZESCO, LA PRADELLE, MALAURIE, pero ella matiza que: «No es porque el contrato anulado sea un contrato de ejecución sucesiva por lo que el juego de la retroactividad parece imposible, sino porque una de las prestaciones previstas en el acto es una obligación de hacer, como la ejecución de un trabajo, la fabricación o la reparación de un objeto, o el aseguramiento del goce de un inmueble» (pp. 632-633).

³⁶⁶ Como señala CARRASCO PERERA, «Restitución de provechos», p. 1069.

³⁶⁷ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 255 y 257; y PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho *antitrust* de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 82, 2010, pp. 165-183, en p. 177.

³⁶⁸ PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», p. 1071.

³⁶⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 108.

aplicación suele generalizarse a todos los supuestos en los que no sea posible la restitución *in natura* (prestaciones de hacer, no hacer...) y para la enajenación de la cosa recibida en virtud de negocio nulo (pérdida jurídica).

A. La pérdida física de la cosa

Una interpretación literal del artículo 1307 CC nos llevaría a entender que, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 CC, está obligado a la restitución tanto el que la reclama como el que se opone a ella; y siempre que se pierda una cosa recibida como consecuencia de un negocio prohibido habría que devolver por equivalente, con independencia de la buena o mala fe del sujeto que la recibió, o de si la perdió por caso fortuito o por negligencia. Sin embargo, la doctrina matiza esta interpretación literal relacionando este precepto con los artículos 1314 y 1897 CC.

En primer lugar, el artículo 1314 CC dispone: «También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de éstos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella». Al igual que el artículo 1307 CC, se refiere a la pérdida de la cosa que se ha de restituir. Sin embargo, lo hace desde una perspectiva distinta: el artículo 1314 CC se proyecta sobre un supuesto concreto de anulabilidad (la pérdida culpable de la cosa en poder del legitimado para impugnar el contrato); mientras que el artículo 1307 CC se aplica al supuesto de nulidad y al de anulabilidad, en este último caso, cuando no entre en juego el artículo 1314 CC³⁷⁰. La doctrina ha puesto de manifiesto de forma reiterada que cuando opera el artículo 1314 CC, no lo hace el artículo 1307 CC³⁷¹; esto es, cuando el sujeto que puede impugnar el contrato pierde la cosa por dolo o culpa, no puede aplicarse el artículo 1307 CC. Como en nuestro caso estamos ante un supuesto de nulidad (y no de anulabilidad), se aplicaría el artículo 1307 CC al demandado por la acción de restitución que ha perdido la cosa, por lo que la restitución se realizaría por valor³⁷².

En segundo lugar, se plantea si el artículo 1307 CC puede aplicarse también a la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor, o únicamente a la pérdida por culpa o negligencia del obligado³⁷³. La doctrina ha valorado si la pérdida de la cosa debida por caso fortuito obliga a pagar su equivalente.

³⁷⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 112.

³⁷¹ En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, p. 792, afirma que «cuando tiene aplicación el artículo 1.314 deja de tenerla el 1.307», posteriormente citado por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 113; y por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 262.

³⁷² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 112 y ss.

³⁷³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 263.

Algunos autores descartan la aplicación del precepto en supuestos de caso fortuito, trayendo a colación el artículo 1105 CC, conforme el cual nadie responde del caso fortuito fuera de los casos expresamente mencionados en la ley³⁷⁴. A falta de mención en la ley, se considera que deberían aplicarse las reglas sobre extinción o perpetuación de obligación consistente en la entrega de cosa determinada. Sin embargo, este planteamiento reduciría el artículo 1307 CC a un recordatorio inútil³⁷⁵.

Otros sostienen, en sentido contrario, que el artículo 1307 CC debe aplicarse a los supuestos de caso fortuito, siempre que el *accipiens* sea de mala fe. Estos autores toman como referencia la regulación prevista para el cobro de lo indebido (artículo 1185 CC) y argumentan que «quien realiza una prestación en atención a un contrato inválido está realizando propiamente un pago indebido». En el cobro de lo indebido, el *accipiens* de mala fe responde en los supuestos de caso fortuito y tiene que «abonar el interés legal» (cuando se trate de capitales) o «los frutos percibidos o debidos percibir» (cuando la cosa los produjere) e indemnizar «los menoscabos que la cosa haya sufrido» y «los perjuicios que se irrogaren al que la entregó» (hasta su recuperación), salvo «cuando hubiere podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó» (artículo 1896 CC). Sin embargo, el *accipiens indebiti* de buena fe (artículo 1897 CC) sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de la cosa y de sus accesiones en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Por lo tanto, si el adquirente recibió la cosa en virtud del negocio prohibido de buena fe, sólo tendrá que responder en la medida en que se haya enriquecido; y si la aceptó de mala fe, respondería por caso fortuito en los términos previstos en el artículo 1307 CC³⁷⁶. Algún autor ha admitido la aplicación analógica del artículo 1897 CC (*accipiens* de buena fe), con dos salvedades: los supuestos en los que el negocio nulo establece que las partes tienen que restituirse la cosa, en los que se considera que el poseedor tiene un deber de diligencia respecto de la cosa (por ejemplo, en el comodato); y aquellos en los que la obligación de restitución sea sinalagmática, pues «no siempre será justo que el comprador restituya en la medida de su enriquecimiento y el vendedor devuelva la totalidad del precio»³⁷⁷.

Finalmente, también se puede considerar que el artículo 1307 CC es uno de los supuestos de pérdida del bien restituible en que el Código impone que «la restitución alcanza al valor del mismo, con independencia de la culpa o negligencia»; «ni el artículo 645 ni el 1307 CC son normas de responsabilidad, sino de atribución de riesgos, de la misma forma que comúnmente se entiende que el acreedor ha de soportar el riesgo cuando el deudor pierde fortuitamente la cosa debida». Desde esta perspectiva se señala

³⁷⁴ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, pp. 794-796.

³⁷⁵ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 264.

³⁷⁶ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, 264-275, se apoyan en los comentarios de GARCÍA GOYENA sobre el Proyecto de 1851.

³⁷⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 108-145.

que debe aplicarse este precepto prescindiendo de la buena o mala fe de las partes, acogiendo incluso supuestos de deterioro³⁷⁸.

La carga del riesgo de pérdida de la cosa en la relación obligacional entre el que cumple su prestación y el que se beneficia de ella pesa sobre este último³⁷⁹. La pérdida de la cosa -en los términos previstos en el artículo 1307 CC- lleva implícita la restitución por valor, circunstancia que permitiría compensar el valor de la cosa el día que se perdió, en el estado en el que se encontraba el día de la venta (con los intereses correspondientes desde el día de la pérdida); con el precio que se pagó o que se acordó pagar (y los intereses).

B. La pérdida jurídica de la cosa: su posible aplicación a los contratos derivados

La restitución de una cosa que se adquirió en virtud de un negocio nulo y que se ha transmitido por medio de un contrato derivado puede dar lugar a la aplicación del artículo 1307 CC: el sujeto que recibe la cosa en virtud del negocio prohibido no puede restituirla porque se la ha transmitido a un tercero por medio de un contrato derivado (pérdida jurídica).

La doctrina ha prestado especial atención al problema de los límites de la obligación de restitución cuando la cosa pasa a manos de un tercero que la recibe de quien la adquirió en virtud de un negocio nulo. Aunque nuestro Código Civil no recoge una regla específica relativa a la enajenación de la cosa recibida en virtud de un contrato nulo, se han buscado distintas soluciones a partir de las reglas previstas para la rescisión (artículo 1295.II CC), el pago de lo indebido (artículo 1897 CC) y la pérdida de la cosa (artículo 1307 CC)³⁸⁰.

En primer lugar, si tomamos como punto de partida la solución que nos ofrece la rescisión y, con carácter general, las reglas para la resolución de los contratos válidos (artículo 1295.II CC, a la que se remite el artículo 1124 CC, sobre la resolución de los contratos): no tendrá lugar la rescisión «cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe», en estos casos «podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión». El subadquirente al que se refieren estos preceptos lo es de un verdadero propietario, que transmite la cosa con plena eficacia salvo que el subadquirente haya procedido de mala fe (conociendo la causa de rescisión) o porque la segunda

³⁷⁸ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, p. 60.

³⁷⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 691-693.

³⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 267-275.

adquisición se haya producido a título gratuito. La principal diferencia entre la rescisión y la enajenación a un tercero de la cosa adquirida en virtud de contrato nulo está en que en el primer caso el subadquirente adquiere de un propietario; mientras que en el segundo, el tercero recibe la cosa de un no propietario. Aunque pueda plantearse la analogía, esta divergencia justifica la búsqueda de otros criterios.

Otros autores plantean esta cuestión tomando como referencia el cobro de lo indebido. En particular, consideran que si se admite que la *datio indebiti* no transmite al *accipiens* la propiedad de lo entregado³⁸¹, no hay obstáculo para aplicar estas normas al caso que nos ocupa, puesto que «quien recibe lo pactado en virtud de contrato inválido recibe en rigor lo no debido»³⁸². Por esta vía quedaría cubierto frente a la acción del *solvens* el adquirente a título oneroso (acaso si obra de buena fe) de quien recibió de buena fe lo que no se le debía. El criterio general sería que los terceros adquirentes lo son de quien no es propietario, y el propietario que dispuso inválidamente puede recuperarla salvo que hayan adquirido de forma irrevocable (por que haya usucapido o adquirido a *non domino*, supuestos a los que nos referiremos en el siguiente apartado). No obstante, hay que tener en cuenta que la regla prevista en el artículo 1897 CC presupone un error por parte del *solvens*, por lo que tampoco encajaría bien en el supuesto que nos ocupa.

Finalmente, se plantea la aplicación de los artículos 1307 y 1314 CC (pérdida material) cuando la adquisición del tercero es irrevocable y el antiguo propietario no puede recuperar la cosa (pérdida jurídica). Un sector de la doctrina afirma que en estos casos «[L]a situación de intereses es equivalente a la pérdida de la cosa, por lo que parece procedente la aplicación del artículo 1.307 (y del 1.897, si, excepcionalmente, el cocontratante actuó de buena fe)»³⁸³. La regla general sería que el antiguo propietario de la cosa puede pedir al que la recibió en primera instancia que pague el valor que tenía cuando la enajenó, más los frutos percibidos hasta entonces y los intereses desde la misma fecha (lo más normal suele ser que se reclame la devolución del precio pagado por la cosa en la segunda venta)³⁸⁴; y excepcionalmente, si el *accipiens* actuó de buena

³⁸¹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 271, señalan que algunos autores consideran que el pago de lo indebido transmite la propiedad de la cosa pagada, de modo que el *accipiens* puede disponer de lo que ha recibido; otros estiman que a pesar de que el *accipiens indebiti* no adquiera la propiedad y no esté legitimado para comunicarla a terceros, del artículo 1897 CC se deriva que, excepcionalmente, «la enajenación a título oneroso por el *accipiens indebiti*, del objeto pagado, comunica al tercer adquirente, siendo ambos de buena fe, el dominio del mismo».

³⁸² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 271.

³⁸³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 275.

³⁸⁴ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 275, señalan, citando a LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 148, que normalmente los tribunales condenan a la devolución del precio pagado y a la restitución de la suma recibida en concepto de precio (citan en este sentido la S. 14 de marzo de 1974).

fe, se aplicaría el artículo 1897 CC y sólo tendría que restituir el precio recibido o ceder la acción para hacerlo efectivo.

De acuerdo con el planteamiento que venimos realizando, la pérdida jurídica de la cosa debería equipararse a la pérdida física, dando lugar a la aplicación del artículo 1307 CC (con independencia de la buena o mala fe). El antiguo propietario de la cosa podrá pedir al que la recibió en primera instancia que pague el valor que tenía cuando la enajenó al tercero (en el estado que tenía el día de la venta), más los frutos percibidos hasta entonces y los intereses desde la misma fecha; y el adquirente, el precio y los correspondientes intereses.

La regla general es que la nulidad del contrato se puede hacer valer frente a los terceros adquirentes de la cosa por medio de la acción reivindicatoria³⁸⁵ salvo que éstos la hayan adquirido de forma irreivindicable. Cuando no se puede reivindicar la cosa al tercero, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 1307 CC.

Esto no significa que el sujeto que entrega una cosa en virtud de un contrato nulo tenga que reivindicarla necesariamente a un tercero. El vendedor tiene un derecho real sobre la cosa y un derecho de crédito cuyo sujeto pasivo es el otro contratante. Por lo tanto, podrá pedir la restitución por equivalente al primer adquirente o ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercero. La acumulación de la acción reivindicatoria contra el tercero y la restitutoria contra el primer adquirente prevista en el artículo 1307 CC puede servir, no obstante, para cobrar los frutos e intereses que el tercero de buena fe no estaría obligado a abonar³⁸⁶.

III. La excepción a la recíproca restitución: la causa torpe

Los artículos 1305 y 1306 CC constituyen una excepción a la regla de recíproca restitución de las prestaciones que se realizaron en virtud de un contrato inválido³⁸⁷. En

³⁸⁵ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 267-275.

³⁸⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 152-153; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario a los artículos 1.300-1.314», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 541-571; y posteriormente, en DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 279.

³⁸⁷ El antecedente inmediato de los artículos 1305 y 1306 CC se encuentra en el Proyecto de Código Civil de 1851. El artículo 1192 del Proyecto disponía: «Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa o la materia del contrato, si la torpeza constituye un delito o falta común a ambos contrayentes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose además a las cosas o precio que hubieren sido materia del contrato la aplicación prevenida en el código penal a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que solo hubiere delito o falta de parte de uno de los contrayentes, en lo que respecta al mismo; pero el otro podrá reclamar lo que hubiere dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiere prometido» (sobre este precepto, vid. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias del Código Civil*, t. III, Madrid, 1852, pp. 632 y ss.). Por su parte, en el artículo 1193,

estos preceptos se excluye la repetición de lo dado como consecuencia de un negocio nulo cuando la invalidez proviene: 1º) de ser ilícita su causa o su objeto, si el hecho constituye delito o falta (artículo 1305 CC); o 2º) de ser la causa torpe, sin que el hecho constituya delito o falta (artículo 1306 CC)³⁸⁸.

El artículo 1305 CC se aplica cuando la nulidad proviene de ser ilícita la causa u objeto del contrato y el hecho en que consiste la ilicitud constituye delito o falta, de acuerdo con las siguientes reglas: si el hecho constituye un delito o falta común, las partes carecen de acción entre sí; y si el delito o falta se produce sólo de parte de una de ellas, el no culpado podrá reclamar lo dado sin cumplir con lo que hubiera prometido.

El artículo 1306 CC se refiere a los contratos con causa torpe que no constituyen delito o falta. La regla que recoge este precepto es muy similar a la del artículo 1305 CC: si el hecho en que consiste la causa torpe es culpa de ambos contratantes, ninguno de ellos tiene derecho a la restitución de lo prestado ni puede reclamar el cumplimiento de lo que el otro le hubiere ofrecido; y si sólo es culpa de uno de ellos, éste no podrá repetir lo que hubiese dado ni reclamar el cumplimiento de lo que se le hubiese ofrecido, y el otro conservará el derecho a la restitución de lo prestado, sin obligación de cumplir con lo que hubiese ofrecido³⁸⁹.

La configuración de la causa torpe a partir de los aforismos *in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis* (la torpeza compartida favorece a la posesión) y *nemo auditur turpitudinem allegans* (nadie puede invocar su propia torpeza) ha adoptado distintas formas en el Derecho privado de los Estados miembros de la UE. En algunos se omiten estas reglas pero se aplican *de facto* cuando concurre una causa inmoral, en otros se acogen de forma expresa y se proyectan sobre la causa ilícita (ilegal

antecesor del artículo 1306 CC, se indicaba que «Si la torpeza no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1ª Cuando la torpeza está de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido. 2ª Cuando esté de parte de un solo contratantes, no podrá este repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni pedir le cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido: el otro podrá reclamar lo que hubiere dado, y no está obligado a cumplir lo que hubiere ofrecido». Sobre el origen de estos preceptos, vid. SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 83-89.

³⁸⁸ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 290, sostienen que estos preceptos contienen una sola norma básica: «la exclusión de la repetición de lo dado por causa torpe». En esta línea, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a Enneccerus, Derecho Civil I*, p. 367, observaron que para establecer el efecto penal bastaba el Código de la materia, y señalan que el artículo 1305 es superfluo.

³⁸⁹ La mayoría de los Códigos civiles europeos recogen de uno u otro modo esta regla. Así, el Código Civil austríaco de 1811 (art. 1714); el Código Civil portugués de 1 de julio de 1867 (art. 692); el Código Suizo de las obligaciones de 30 de marzo de 1911, en su artículo 60 y el Código Civil alemán, en su parágrafo 817. No sucede en los Códigos francés e italiano. En Francia, el artículo 1131 del Código Napoleón afirma que la obligación sin causa, o con causa falsa o causa ilícita no puede tener efecto; y considera causa ilícita aquella que está prohibida, o resulta contraria al orden público o a las buenas costumbres. Por lo tanto, si se niega la posibilidad de repetir lo prestado, la obligación produce el efecto pretendido. Vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 319 y ss.; y SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 367.

y/o inmoral), o sobre la causa inmoral o un fin contrario a las buenas costumbres; y, finalmente, en los códigos más modernos se ha optado por omitirlas e inaplicarlas.

En el sistema causalista francés, la nulidad del contrato produce la recíproca restitución de lo que se haya entregado. Se presume que el contrato no ha existido jamás, de modo que la retroactividad afecta a los contratantes y a los terceros. Excepcionalmente, cuando la nulidad se funda en la inmoralidad de la causa, la persona que haya contratado con inmoralidad no podrá obtener la restitución de la prestación que haya realizado («*exception d'indignité*»)³⁹⁰. Aunque el Code Napoleón omite la regla *nemo auditur*, la doctrina la mantiene en vigor –si bien no de forma unánime– como un «principio superior de moral»³⁹¹. No obstante, se aprecia un retroceso de esta excepción en los últimos años en beneficio de la *restitutio in integrum*³⁹².

En el sistema anticausalista germánico, la nulidad de los negocios jurídicos ilegales o inmorales tiene como efecto la restitución de las prestaciones que, en el Derecho alemán, se sitúa en el denominado «derecho de enriquecimiento injusto» («*ungerechtfertigtes Bereicherungsrecht*») y admite la posibilidad de que se conceda además una indemnización por los daños causados. El sujeto que recibe una prestación realizada mediante la contravención de una norma prohibitiva está obligado a la restitución, en los términos previstos en el § 817 (1) BGB. La excepción a esta regla se recoge en el § 817 (2) BGB, conforme al cual quien se comporta de forma ilícita (conoce la ilegalidad o la inmoralidad del acto o actúa con negligencia) no tiene derecho a obtener la restitución de la prestación que ha realizado³⁹³. Esta segunda regla se

³⁹⁰ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 6: «la jurisprudencia ha recogido una excepción al régimen general de la *restitutio in integrum*, denominada “*exception d'indignité*”, para los casos en que la nulidad del contrato se funde en el carácter inmoral del mismo. Según esta excepción, ninguna persona que haya contratado con inmoralidad puede obtener la restitución de ninguna prestación que hubiere realizado en el marco de tal contrato ilícito. Se afirma que esta regla, deducible de los antecedentes del *Code civil*, se funda en la “*sauvegarde de la dignité de la magistrature*”, en la exigencia de respetar el orden público». Vid. también, MAZEAUD y MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, p. 355: «*aplicando la regla: “Nemo auditur...”*, los tribunales se niegan a ordenar la restitución de lo cumplido en virtud de un contrato inmoral. (...)».

³⁹¹ NUÑEZ LAGOS, Rafael, «*Condictio ob turpem vel iniustam causam*», *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 7-40, en pp. 29-30, explica la evolución que ha experimentado esta regla en el Derecho francés.

³⁹² INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 6.

³⁹³ § 817 *Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten*: «*War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden*». LÓPEZ CASAL, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», p. 4, lo traduce: «Contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si la finalidad de una prestación se determinó de modo que el receptor mediante su aceptación ha contravenido una prohibición legal o las buenas costumbres, el receptor está obligado a la restitución. (2) La repetición queda excluida si dicha contravención es igualmente imputable a quien cumplió la prestación, salvo que la prestación consista en la asunción de una obligación; lo prestado en cumplimiento de una obligación tal no puede ser repetido». NUÑEZ LAGOS, «*Condictio ob turpem vel iniustam causam*», p. 31, recoge la siguiente traducción de este precepto: «Cuando el fin de una prestación estaba establecido de tal manera que el

corresponde con el aforismo *in pari turpitudine melior est causa possidentis* e introduce un componente subjetivo que sanciona a la parte que ha actuado de forma ilícita³⁹⁴. Los anteriores preceptos se completan con las reglas previstas en los § 818 y 819 BGB³⁹⁵. Aunque el Derecho alemán huye de la figura de la causa (no es un elemento esencial del negocio), no ignora algunos de sus efectos en el ámbito restitutorio³⁹⁶.

En el sistema de la *consideration* del *Common Law*, rige la regla «*in pari delicto potior est conditio defendentis*»: cuando ambas partes son culpables de la infracción o ilegalidad, se encuentra en mejor posición la parte que se defiende. El que ha pagado o entregado una cosa sirviéndose de un contrato ilegal no tiene derecho a obtener su restitución («*general rule of non-recovery*»). El *Common Law* opta por dejar las cosas

beneficiario por su aceptación ha atentado contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres, el beneficiario está obligado a la restitución. La restitución está excluida cuando una semejante contravención caiga a cargo del actor de la prestación, a menos que la prestación consista en contraer una obligación; la prestación para el cumplimiento de una tal obligación no puede ser reclamada».

³⁹⁴ NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 30-31, recuerda que «La regla *in pari turpitudine, melior est causa possidentis* fue admitida en el derecho vigente anterior al Código Civil alemán (B.G.B.). El principio fue recogido por el artículo 1.174 del Código Civil austríaco, que al igual que posteriormente el Código Civil español, en ciertos supuestos, a la denegación de acciones añade la confiscación. (...) El B.G.B., en su 817, admite el principio denegatorio pero rechaza la confiscación».

³⁹⁵ «§ 818 Umfang des Bereicherungsanspruchs. (1) Die Verpflichtung zur Herausgabe erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt. (2) Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grund zur Herausgabe außerstande, so hat er den Wert zu ersetzen. (3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. (4) Von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften». LÓPEZ CASAL, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», p. 5, lo traduce: «Alcance de la pretensión de enriquecimiento. (1) La obligación de restitución se extiende a las utilidades obtenidas, así como a aquello que el receptor obtiene con motivo de un derecho adquirido o con resarcimiento por la destrucción, daño o pérdida del bien adquirido. (2) Si la restitución no es posible por la naturaleza de lo adquirido o el receptor no está en condiciones de restituirlo por otros motivos, debe resarcir el valor. (3) La obligación de restitución o al resarcimiento del valor queda excluida en tanto el receptor ya no esté enriquecido. (4) A partir de la producción de la litispendencia el receptor responde según las disposiciones generales». «§ 819 Verschärfte Haftung bei Kenntnis und bei Gesetzes- oder Sittenverstoß. (1) Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. (2) Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfang der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet». LÓPEZ CASAL, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», p. 6, lo traduce: «§ 819 Responsabilidad agravada por conocimiento y contravención de la ley o de las buenas costumbres. (1) Si el receptor conoce la falta de causa jurídica en momento de la recepción o si la conociera posteriormente, queda obligado a la restitución desde el momento de la recepción o de la toma de conocimiento, como la pretensión a la restitución estuviera en situación de litispendencia en ese momento. (2) Si el receptor contraviene una prohibición legal o las buenas costumbres con la aceptación de la prestación, queda igualmente obligado de la misma manera desde la recepción de la prestación».

³⁹⁶ CERDÁ OLMEDO, Miguel, «Nemo auditur propiam turpitudinem allegans», *Revista de Derecho Privado*, nº 64, 1980, pp. 1187-1208, en p. 1190, señala sobre la aplicación de este precepto que «Se observa en la doctrina alemana, y especialmente en la jurisprudencia, una acusada tendencia a limitar la aplicación del § 817. Los comentaristas han mantenido que la disposición contenida en el precepto señalado responde al concepto sobre el que se basa la “conditio ob turpem causam”; la magistratura alemana, por el contrario, es del parecer que el § 817 es en parte inútil y además anacrónico, por lo que se pide su derogación».

como están y ello aunque se hayan ejecutado ya alguna o todas las prestaciones contenidas en el contrato. De este modo se ignora cualquier acción contaminada de ilegalidad para evitar contagios («*clean hands*»)³⁹⁷. Esta regla admite ciertas excepciones: 1º) cuando la ilegalidad del contrato se fundamenta en una ley creada para proteger a un determinado grupo de personas, cualquier miembro de dicho grupo podrá ejercer la acción restitutoria siempre y cuando ésta se base en un pacto que vulnere lo establecido en la misma («*class protection statutes*»); 2º) cuando una de las partes demuestra que fue forzada a realizar el contrato por la otra o por circunstancias concurrentes también podrá pedir la restitución («*oppression*»); 3º) cuando una de las partes induce conscientemente a equívoco a la otra sobre la legalidad del contrato («*misrepresentation*»), esta última podrá recuperar la prestación que haya realizado; 4º) cuando una de las partes haya incurrido en error («*mistake*») sobre la legalidad del contrato puede instar la restitución de la prestación realizada y, en algunos casos, exigir el cumplimiento del contrato; y 5º) cuando una de las partes se arrepienta y repudie o rechace voluntariamente el propósito ilegal del contrato («*voluntary repudiation*») a tiempo («*before it is too late*») podrá reclamar la restitución del dinero pagado o la propiedad transferida siempre que la mera actividad contractual no sea de por sí ilícita y, si ha empezado a ejecutar alguna prestación, no haya llegado demasiado lejos («*before things go so far*»)³⁹⁸. Finalmente, hay que tener en cuenta la importancia que ha tenido en los últimos tiempos la *Bowmaker rule*, que permite la restitución siempre y cuando el demandante pueda defender o establecer su derecho o título sin necesidad de invocar el contrato o su ilegalidad³⁹⁹.

En el sistema causalista italiano, cuando las partes se han entregado alguna cosa a raíz del contrato o negocio nulo procede la recíproca restitución de lo entregado. No obstante, se indica que «Quien haya exigido una prestación para un fin que, por su parte, constituya una ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir lo que hubiere pagado» (artículo 2035 del *Codice Civile*)⁴⁰⁰. De este modo, se recoge la regla «*nemo auditur*» (aunque la doctrina italiana tiende a reducir el ámbito de aplicación de este precepto).

El sistema anticausalista holandés no acoge la regla *nemo auditur turpitudinem allegans* o *in pari delicto potior est conditio defendentis*. El demandante puede reclamar la repetición de las prestaciones que se hayan realizado aunque la nulidad provenga de

³⁹⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law», p. 145.

³⁹⁸ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 19-20. VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el Common Law », pp. 148-149, se refiere prácticamente a los mismos supuestos que citan INFANTE y OLIVA.

³⁹⁹ *Bowmakers Ltd. v. Barnet Instruments Ltd*, 2 All E. R. 579 (1944), que posteriormente se consagró en el asunto *Tinsley v. Milligan*, 1 AC.340 (1994), comentadas por INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 20.

⁴⁰⁰ *Articolo 2035. Prestazione contraria al buon costume: «Chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato».*

la violación de la ley o de las buenas costumbres (artículo 6:211 NBW)⁴⁰¹. De forma excepcional, se permite que el juez rechace la demanda de repetición de acuerdo con la buena fe y la equidad, pero la regla es la *restitutio in integrum*⁴⁰².

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15:104 PECL cuando un contrato es ineficaz en los términos previstos en los artículos 15:101 o 15:102, cualquiera de las partes puede pedir la restitución de lo entregado (o cantidad equivalente) salvo que una de ellas conociese o debiese haber conocido la razón de la ineficacia⁴⁰³. El artículo 7:303 DCFR también se inclina a favor de la regla restitutoria⁴⁰⁴: se remite a las reglas sobre el enriquecimiento injustificado permitiendo el recurso de la restitución y contempla la posibilidad resarcir los daños y perjuicios que se hayan causado a la parte que no hubiera sabido o sea razonable pensar que no conocía la existencia de la infracción que causó la invalidez. A diferencia de lo que sucede en los sistemas causalistas -que niegan la restitución con base en el aforismo *condictio ob turpem vel iniustam causam* y consideran que el contrato inválido transmite la propiedad- estos preceptos se remiten a las reglas del enriquecimiento injusto y a las normas sobre la transmisión de la propiedad. Los PECL y el DCFR no tienen en cuenta la ilicitud de la causa del contrato; se refieren únicamente a la ilicitud de su contenido. Aunque algunos autores realizan una interpretación flexible de estos preceptos presuponiendo la inclusión de la ilicitud o inmoralidad de los propósitos (causa ilícita) en el supuesto de hecho que da lugar a la ilicitud o inmoralidad del

⁴⁰¹ Article 6:211. *The undoing of a performance under a null and void or nullified agreement.* «– 1. Where the nature of a performance, which has been carried out under a null and void or nullified agreement, makes it impossible to return it and it would neither be appropriate to estimate its value in court, then a right of action (legal claim) to return or to undo this performance or to compensate its value will be excluded, as far as such a right of action (legal claim) would come in conflict with the standards of reasonableness and fairness.– 2. Where it is impossible to claim back the transferred performance as meant in the previous paragraph, the nullity of the agreement does not lead to the nullity of the transfer itself».

⁴⁰² SCHRAGE, Eltjo, «Restitution in the new Dutch Civil Code», *Restitution Law Review*, 1994, pp. 208-221, citado por INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 14.

⁴⁰³ Article 15:104: «(1)When a contract is rendered ineffective under Articles 15:101 or 15:102, either party may claim restitution of whatever that party has supplied under the contract, provided that, where appropriate, concurrent restitution is made of whatever has been received.

(2)When considering whether to grant restitution under paragraph (1), and what concurrent restitution, if any, would be appropriate, regard must be had to the factors referred to in Article 15:102(3).

(3)An award of restitution may be refused to a party who knew or ought to have known of the reason for the ineffectiveness.

(4)If restitution cannot be made in kind for any reason, a reasonable sum must be paid for what has been received».

⁴⁰⁴ Article 7:303 DCFR: «(1) The question whether either party has a right to the return of whatever has been transferred or supplied under a contract, or part of a contract, which is void or has been avoided under this Section, or a monetary equivalent, is regulated by the rules on unjustified enrichment.

(2) The effect of nullity or avoidance under this Section on the ownership of property which has been transferred under the void or avoided contract, or part of a contract, is governed by the rules on the transfer of property.

(3) This Article is subject to the powers of the court to modify the contract or its effects».

contrato⁴⁰⁵, debe diferenciarse el control del contenido (negocio prohibido) del propósito de las partes (causa lícita o ilícita)⁴⁰⁶.

El Código Civil español articula las reglas *in pari causa y nemo auditur* a partir del artículo 1306 CC, relativo a la causa torpe. Este precepto ha dado lugar a múltiples interpretaciones sobre el concepto de torpeza, que se vincula a la inmoralidad y a la ilegalidad de la causa. En nuestro caso, para realizar una interpretación coherente del término vamos a atender al fundamento y la finalidad de la acción restitutoria: la eliminación de los efectos materiales que se derivan de un negocio nulo en consonancia con la actuación de las partes. No se trata de determinar la licitud o ilicitud del propósito común de las partes (causa lícita o ilícita) para delimitar la ineficacia (eliminación de los efectos jurídicos) del negocio prohibido; sino la culpabilidad de estas últimas con respecto a un propósito común ilícito, circunstancia que afecta a la restauración del equilibrio económico entre ellas (eliminación de los efectos materiales).

Los negocios con una causa concreta lícita dan lugar a la aplicación el artículo 1303 CC; mientras que los negocios con una causa ilícita requieren valorar si las partes han actuado de forma culpable con respecto al propósito ilícito (lo han consentido libremente) o si alguna de ellas es inocente, en los términos previstos en el artículo 1306 CC.

La excepción a la regla general de la recíproca restitución evita que se trate de la misma manera a la parte que conoce, quiere y consiente libremente la causa ilícita y a quien –en la mayoría de las ocasiones en su propio perjuicio- no puede consentir libremente: la parte o las partes que actúan sin culpa con respecto a la causa concreta del negocio, esto es, que no han prestado su consentimiento libremente, deben poder obtener la restitución de lo dado de acuerdo con los plazos de prescripción previstos para estos vicios (artículo 1301 CC); mientras que la parte o las partes que intervienen con un propósito ilícito no pueden merecer tal protección.

De este modo, se alivia la tensión entre la regla general de la recíproca restitución (artículo 1303 CC) y la causa torpe (artículo 1306 CC), a partir de una concepción propia de la causa ilícita (propósito común ilícito de las partes, que conocen y quieren –dolo- los elementos del ilícito) y de la causa torpe (culpabilidad con respecto a la ilicitud causal, según haya sido o no libremente consentida): los negocios prohibidos con causa lícita se apoyan en la regla de la recíproca restitución; sin embargo, lo negocios prohibidos con causa ilícita parten de la regla de la no restitución, salvo que se pruebe la falta de culpa.

⁴⁰⁵ INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 31-32.

⁴⁰⁶ SABORIDO SÁNCHEZ, «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», p. 12.

1. El fundamento y la finalidad de la excepción

A primera vista, los artículos 1305 y 1306 CC parecen «castigar a los malos» y «premiar a los buenos». El fundamento de estas reglas se ha situado en la compensación de culpas (acorde con *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*⁴⁰⁷); la indignidad procesal de quien basa su acción en un acto propio ilícito⁴⁰⁸ (acorde con la regla *nemo auditur turpitudinem suam allegans*⁴⁰⁹, que en su evolución se ha confundido con la máxima «*in pari causa*»⁴¹⁰); la dignidad de la justicia⁴¹¹; en su función preventiva⁴¹²; y como sanción civil al atribuyente (pena civil)⁴¹³, al que se priva de protección jurídica en razón de lo infame de su conducta (criterio más extendido en la jurisprudencia y doctrina)⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ Sobre los orígenes de la regla, vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 314; y CERDÁ OLMEDO, Miguel, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», *Revista de Derecho Privado*, nº 64, 1980, pp. 1187-1208, pp. 1187-1190. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 298-301, consideran que acudir a esta regla como explicación (o fundamento) del artículo 1306 CC es «insuficiente, para el Derecho español, ya que la privación de restitución opera también cuando uno solo de los contratantes es “culpable”».

⁴⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 252, considera que la razón estriba en la idea de «indignidad procesal». NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 32-34, concreta esta justificación atendiendo al cumplimiento o no del convenio (si ambas partes han cumplido, es «muy difícil, y casi siempre nada deseable, poner las cosas en el *statu quo ante*»; si el *accipiens* no ha cumplido, «la regla *nemo auditur* no sirve más que para añadir una nueva inmoralidad a la primera»).

⁴⁰⁹ Sobre los orígenes de la regla, vid. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 316; y también CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», p. 1188. En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 742, señala que «Numerosos autores ven en el adagio *Nemo auditur...* una regla fundada en la equidad [cita a JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, p. 620], en el sentido común [cita a BERAUD, «L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente», *JCP* 1952.i.1029, nº1], o, con mayor frecuencia, en la moral [cita, entre otros, a MAZEAUD, *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, 1947-1948, p. 328]. (...) Ciertoamente, se trata de una “moral un poco basta que deja que los pícaros se arreglen entre ellos”».

⁴¹⁰ CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», p. 1189.

⁴¹¹ En Francia, suele citarse en este sentido a LAROMBIERE, Léobon, *Théorie et pratique des obligations*, Schmidt Periodicals GmbH, 1997, p. 333. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 741, indica que el argumento de LAROMBIERE se rechaza en la actualidad «por la doble razón de que conduce a descartar no sólo las restituciones sino, a fortiori, la acción de nulidad del contrato por causa inmoral, doctrina que está de acuerdo en excluirla del dominio de aplicación del adagio, y porque el papel de los jueces es escuchar a los litigantes, incluso a los indignos». En España, también se manifiestan en contra, con similares argumentos, NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 32-34; DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 298-301; y CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pp. 1191-1196.

⁴¹² En contra, CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pp. 1191-1196; y NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 32-34.

⁴¹³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 251; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 308; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, «Par delictum y par causa turpitudinis», *Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado*, el día 5 de mayo de 1990, en el Ciclo dedicado al Prof. JORDANO BAREA, Juan, Madrid, 1991, pp. 173-192, en pp. 183-184.

⁴¹⁴ Entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 298-301. SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 363-374 y –en Francia– GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 752 y ss., analizan los adagios «*nemo auditur*» e «*in pari causa*» a partir de su naturaleza de pena privada, pero se muestran en

Estos preceptos -y en particular el artículo 1306 CC- siembran un cierto desconcierto y perplejidad en la medida en que la regla «*nemo auditur*» implica que ninguna persona puede invocar su propia vileza («*nemo auditur turpitudinem allegans*»), por lo que consolida un negocio con causa torpe (cuando las prestaciones se han efectuado por las dos partes, daría efecto en el ámbito material al negocio inválido)⁴¹⁵, constituye un premio a la inmoralidad (incita a la parte que ha recibido la prestación sin cumplir la suya a demandar la nulidad) y admite el enriquecimiento injustificado de una de las partes (el que cumplió no puede repetir y tampoco puede reclamar la contraprestación)⁴¹⁶; y la regla «*in pari causa*» da lugar a que en caso de igual inmoralidad de las partes («*in pari causa turpitudinis*») la acción de repetición resulte inadmisibles («*cessat repetitio*»), siendo mejor la situación del poseedor («*melior est causa possidentis*»)⁴¹⁷.

En contra de estos adagios se ha indicado que: 1º) no es la inmoralidad del contratante la que sirve como fundamento de la demanda de restitución; 2º) la pena privada generalmente sanciona una culpa grave, mientras que estos adagios se interpretan de forma que sancionan la culpa en razón de su naturaleza inmoral (y no de su gravedad); y 3º) la restitución de la prestación cumplida en ejecución de un negocio inmoral no generaría consecuencias inmorales⁴¹⁸.

Con respecto a la primera crítica, cabe considerar que aunque la acción restitutoria tenga como fundamento la declaración de invalidez, su finalidad no puede desligarse de factores subjetivos que afectan a la causa del negocio (culpabilidad de las partes). Se ha señalado que «La culpa cometida en la celebración de un contrato inmoral es una culpa precontractual que no exige una sanción diferente de otras culpas», de forma que «La justificación de la existencia y extensión del perjuicio sufrido por la otra parte debe condicionar la existencia y extensión de su derecho a la reparación»⁴¹⁹. Sin embargo, lo cierto es que la culpa a la que se refieren los artículos 1305 y 1306 CC no es una culpa precontractual más, es la culpa de las partes con respecto a la ilicitud de la causa del negocio -esto es, con respecto al propósito ilícito que se persigue con el negocio- que condiciona el derecho de reparación de las partes y, en consecuencia, el ejercicio de otras acciones como, por ejemplo, la de responsabilidad civil.

contra de su aplicación. NUÑEZ LAGOS, «*Condictio ob turpem vel iniustam causam*», pp. 32-34 y CERDÁ OLMEDO, «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», pp. 1191-1196, afirman -en contra de este planteamiento- que la ley civil está mal dotada para graduar la pena proporcionalmente a la gravedad de la culpa.

⁴¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 251; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 308.

⁴¹⁶ En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 750.

⁴¹⁷ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 751.

⁴¹⁸ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 755-756.

⁴¹⁹ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 757.

Con respecto a la segunda, entendemos que la culpa a la que se refieren estos preceptos no se proyecta exclusivamente sobre los negocios con causa inmoral. Afecta a todos los negocios con causa ilícita (ilegal o inmoral) en los que pueda apreciarse la culpabilidad de una o ambas partes con respecto a la misma (conocen y quieren el propósito ilícito).

Finalmente, aunque a primera vista pueda parecer que la restitución de la prestación cumplida en ejecución de un negocio inmoral no genera consecuencias inmorales, si lo hace puesto que trata del mismo modo a los sujetos culpables de la ilicitud causal y a los que actuaron sin culpa.

La interpretación de la causa torpe que se propone responde al fundamento y la finalidad de la restitución y a su relación con la nulidad. El fundamento de la nulidad reside en la violación de una norma imperativa relativa a la celebración del negocio que determina su ilicitud y su finalidad es restaurar la legalidad transgredida a raíz de su celebración (fundamento y finalidad objetivos). El fundamento de la acción de restitución se encuentra, por el contrario, en el cumplimiento por la parte demandante de la obligación nacida del negocio afectado por la causa de nulidad y su finalidad es restablecer el equilibrio patrimonial de las partes (fundamento y finalidad subjetivos). El restablecimiento del equilibrio patrimonial se ve condicionado por la sanción privada prevista en los artículos 1305 y 1306 CC cuando una o ambas partes llevan a cabo un negocio prohibido con causa ilícita de forma culpable.

2. Los presupuestos de la causa torpe

La aplicación del artículo 1306 CC a los negocios prohibidos que tienen causa ilícita requiere examinar con un cierto grado de detalle: 1º) la torpeza (relación entre la causa ilícita y la causa torpe); y 2º) la culpa (criterio de imputación de la torpeza).

2.1. Torpeza: la relación entre la causa ilícita y la causa torpe

El Diccionario de la Real Academia Española establece que una conducta es torpe cuando es «deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame»⁴²⁰.

⁴²⁰ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 292; y PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 196; y «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», p. 1070, que cita las SSTs de 14 de marzo de 1986, 2 de abril de 2002 (RJ 2002, 2485) y 30 de julio de 2009.

A partir de este concepto, se considera que los negocios cuya causa se opone a la moral o a las buenas costumbres tienen causa torpe y, en consecuencia, dan lugar a la irrepitibilidad de las prestaciones (artículo 1306 CC)⁴²¹.

La causa ilícita (artículo 1275 CC) y la causa torpe (artículo 1306 CC) están estrechamente relacionadas. Como hemos visto, el artículo 1275 CC dispone que «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno» y, puntualiza que «Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». A partir de este precepto, se establece la distinción entre negocios con causa ilegal, que son los que se oponen a la ley⁴²²; y negocios con causa inmoral, que se oponen a las buenas costumbres⁴²³. Los negocios prohibidos que tienen causa ilícita, tienen una causa inmoral e ilegal.

La relación entre los conceptos de causa torpe y causa ilícita se afronta desde distintas perspectivas: algunos autores defienden que el artículo 1306 CC comprende los supuestos de causa ilícita (causa ilegal e inmoral) que no constituyen un ilícito penal⁴²⁴; otros consideran que abarca exclusivamente la causa inmoral⁴²⁵; y finalmente están los que estiman que comprende los negocios prohibidos con o sin causa ilícita⁴²⁶. La elección de una u otra alternativa afecta a la restitución puesto que la aplicación de la regla prevista en el artículo 1306 CC en lugar del artículo 1303 CC tiene importantes consecuencias: mientras que el artículo 1303 CC da lugar a la recíproca restitución de las prestaciones objeto del contrato; el artículo 1306 CC sólo permite la restitución a la parte no culpable de la causa torpe.

A favor de la aplicación de la regla prevista en el artículo 1306 CC a los negocios con causa ilícita se argumenta que el artículo 1275 CC define la ilicitud causal como la opuesta «a las leyes o a la moral» y establece en ambos casos la misma consecuencia, la no producción de efectos, por lo que la regulación de la irrepitibilidad de las prestaciones debe ser uniforme; y, además, alude al concepto de «leyes» de forma

⁴²¹ Entre otros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-337.

⁴²² SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 123 y ss., a falta de concreción sobre el concepto de ley en el artículo 1275 CC, plantea tres posibles conceptos de «ley»: como norma penal, supuesto que daría lugar a la aplicación del artículo 1305 CC; como norma penal y civil (imperativa e incluso dispositiva); o como norma general del ordenamiento jurídico (Constitución, leyes administrativas, financieras, laborales o mercantiles...). Considera que la ilicitud puede ser entendida como contravención de una norma jurídica. De forma más restrictiva, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-337, afirma que los con causa ilegal son «aquellos que se opongan a una ley (imperativa o prohibitiva)».

⁴²³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, pp. 245-248; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-337.

⁴²⁴ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 354 y ss.

⁴²⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-338; CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditor propiam turpitudinem allegans», p. 1206; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 283 y en «Par delictum y par causa turpitudinis», pp. 184 y ss.

⁴²⁶ ALONSO PUIG, «Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil», p. 155; y DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 290-297.

indeterminada, sin hacer referencia expresa a las normas penales (supuesto que se regula en el artículo 1305 CC). El artículo 1306 CC comprendería todos los supuestos de causa ilícita que no constituyan delito o falta, con independencia de cuál sea la naturaleza de la norma infringida; esto es, los negocios en los que la ilicitud de la causa se deba a su inmoralidad o a la infracción de cualquier norma (imperativa e incluso dispositiva) que no sea penal (norma civil, administrativa, laboral...) ⁴²⁷. Los negocios con causa ilícita que no den lugar a un ilícito penal y en los que hayan incidido de forma determinante las motivaciones ilegales o inmorales de una o ambas partes (origen o razón de la celebración contractual conocido por ambas partes opuesto a las leyes o a la moral) darían lugar a la aplicación del artículo 1306 CC ⁴²⁸. Otra cuestión distinta es que algunos de estos autores consideren que cuando un negocio tiene como propósito infringir una determinada norma, la solución debe buscarse en el contenido contractual y no en la causa y prefieran aplicar el artículo 1303 CC ⁴²⁹. En este sentido, hay que tener en cuenta que no son pocos los que muestran su desconcierto por su finalidad punitiva ⁴³⁰ e incluso se postulan a favor de la desaparición del artículo 1306 CC ⁴³¹.

En contra de este planteamiento, la doctrina mayoritaria acoge el concepto de torpeza que recoge la RAE y considera que el artículo 1306 CC es una norma excepcional que comprende únicamente los supuestos de causa inmoral (o contraria a las buenas costumbres) ⁴³². Desde esta perspectiva, los artículos 1305 y 1306 CC se referirían a los supuestos en los que la causa es inmoral: en el primer caso, la causa inmoral da lugar a un delito; y en el segundo no. Cuando la causa es ilegal e inmoral se plantea la duda de si procede la aplicación del artículo 1303 CC o el 1306 CC, esto es, si se da prioridad a la causa ilegal o a la causa inmoral (torpe).

Un sector de nuestra doctrina da preferencia a la causa ilegal frente a la causa inmoral. El artículo 6.3 CC establece que «los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contradicción». De este precepto se deduce que el efecto típico de la nulidad es la obligación de restitución y que, en consecuencia, el artículo 1306 CC no puede establecer un efecto distinto. La infracción de una norma imperativa o

⁴²⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 124-125 y 354-355 y ss.; y PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», p. 1070.

⁴²⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 133.

⁴²⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 178 y 357.

⁴³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 251; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Par delictum y par causa turpitudinis», pp. 183-184.

⁴³¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 366.

⁴³² VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, p. 89; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-338; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 283.

prohibitiva sería absorbente respecto de la inmoralidad y habría lugar a la repetición de lo pagado (artículo 1303 CC). En este sentido, se razona: «si se acepta la irrepeticibilidad de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de un contrato con causa ilegal susceptible de ser calificado, además como inmoral, se corre el peligro de extender arbitrariamente el juicio de inmoralidad a casi todos los contratos que violen una norma imperativa o prohibitiva, con el agravante que supone acudir a conceptos indeterminados pues el juicio sobre la “moralidad depende, en gran medida, de la opinión particular de quien tenga que emitirlo”»⁴³³.

Sin embargo, también hay autores que consideran que la apreciación de la ilegalidad no impide la apreciación de la inmoralidad⁴³⁴. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han admitido que un negocio prohibido con causa ilícita (ilegal e inmoral) es susceptible de ser incardinado en el supuesto de hecho del artículo 1306 CC, que excluye la restitución del culpable de haber introducido en el contrato la «causa torpe»⁴³⁵. De este modo, la causa torpe comprendería todos los contratos con causa inmoral⁴³⁶.

A partir de un enfoque germanista, se ha estudiado la causa a la que se refiere el artículo 1306 CC como causa torpe de la atribución patrimonial (y no del contrato). En particular, se afirma que «la causa torpe apunta a la inmoralidad de una *datio* (por sus motivos o la finalidad que persigue) que se enfrenta a las buenas costumbres en modo tal que resulta proporcionada la pena (civil) de privación de restitución»; «no se refiere al contrato o al negocio, sino a la atribución realizada, a la *datio*»; «no era necesario partir de la existencia de un contrato nulo, pues lo único relevante es la ilicitud cualificada o torpeza en la atribución patrimonial». La causa torpe de la atribución patrimonial se apreciaría cuando -con independencia de la validez de un posible negocio o contrato previo- la *datio* sea inmoral, tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos que desconocen el concepto de causa del contrato o del negocio, como el romano o el alemán⁴³⁷. A partir de este planteamiento se afirma que los negocios

⁴³³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 336-338 (que cita en este sentido a STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negozio giuridico*, Leyer, 1959, p. 218). También, NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel injustam causam», p. 27.

⁴³⁴ CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pp. 1206-1207.

⁴³⁵ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 294-295. PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho *antitrust* de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes», p. 171, cita en este sentido, entre otras, las SSTs de 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4499), de 20 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2403) y 2 de abril de 2002 (RJ 2002, 2485).

⁴³⁶ Entre otros, SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 320; y PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho *antitrust* de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes», p. 171.

⁴³⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario del art. 1.306 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII-2º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 448-456, en pp. 450-451; DELGADO

prohibidos no adolecen de causa torpe⁴³⁸. La causa torpe se limitaría a aquellos supuestos que la sociedad considera inmorales (torpeza de la atribución patrimonial) y no a todos los casos de causa ilícita⁴³⁹.

Esta interpretación introduce un planteamiento propio del Derecho alemán en un precepto que se integra dentro del sistema causalista del Código Civil español. La causa torpe de la atribución patrimonial no se ajusta a la sistemática del Código Civil (está en el Libro Cuarto, Título II, Capítulo VI, que se titula «De la nulidad de los contratos») ni al tenor literal del artículo 1306 CC (que se refiere en todo momento a los «contratantes»). La *sedes materiae* no induce a confusión (aunque se apunte lo contrario⁴⁴⁰). La reinterpretación del concepto de causa torpe iría más allá del sentido propio de las palabras que se recogen en este precepto, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad (artículo 6.3 CC).

Si se interpreta esta regla al margen del sistema causalista español, en algunos negocios prohibidos se podría apreciar la causa torpe de la atribución patrimonial de las dos partes, del que da o del que recibe: 1º) recae la torpeza «en el que da y en el que recibe», cuando se da algo para que se haga maleficio (por ejemplo, dar dinero a un juez para que falle injustamente); 2º) recae la torpeza «en el que recibe», cuando se da algo a otro para que éste se abstenga del maleficio o de la injuria, bien dando algo para no se haga lo que está prohibido por el derecho (por ejemplo, que no cometa sacrilegio o que no se robe), bien dando algo a una persona para que esta haga lo que por derecho está obligada a hacer (por ejemplo, si se da algo a un ladrón para que devuelva la que robó); y 3º) recae la torpeza «en quien da», cuando se da algo haciendo maleficio (por ejemplo, en supuestos como la remuneración y regalos a meretrices y concubinas)⁴⁴¹.

ECHVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 290-297; y ALONSO PUIG, «Reflexiones sobre el artículo 1306 CC», p. 158.

⁴³⁸ DELGADO ECHVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 293, supuesto también citado por PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 195.

⁴³⁹ Vid. STS de 30 de julio de 2009, comentada por PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», pp. 1070-1071.

⁴⁴⁰ DELGADO ECHVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 290-291 y 296-299.

⁴⁴¹ Vid. DELGADO ECHVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 298-299; y NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 7-40, en particular, pp. 20-25. Estos autores toman como referencia la obra de DONELLO, Hugo, *Opera Omnia. Tomus septimus*, «Commentariorum in Codicem Iustiniani», Volumen primum, Luca, 1765, pp. 761 y ss., número 1.

Si, por el contrario, se intenta ajustar este planteamiento al sistema causalista español, la atribución patrimonial sería la razón que justifica el desplazamiento patrimonial: la ley o el negocio jurídico válidamente celebrado que da lugar a la misma⁴⁴². Los negocios prohibidos (ilegales e inmorales) podrían ser un supuesto de causa torpe de la atribución patrimonial siempre que se entienda que prevalece la inmoralidad de la *datio* (la causa torpe de la atribución patrimonial) frente a la ilegalidad del negocio prohibido (con o sin causa ilícita). La distinción entre negocio prohibido y causa ilícita del negocio dejaría de tener sentido en el ámbito restitutorio puesto que si se opta por la inmoralidad, todos los negocios prohibidos que den lugar a atribuciones patrimoniales tendrían causa torpe (artículo 1306 CC) con independencia de la ilicitud de su propia causa (artículo 1275 CC); y si se prefiere la ilegalidad, siempre se aplicaría el artículo 1303 CC. Ninguna de estas alternativas parece adecuada. La generalización de la causa torpe de la atribución patrimonial convertiría el artículo 1306 CC en la regla general en materia restitutoria al eliminarse la distinción entre la restitución derivada de un negocio prohibido (artículo 1303 CC) y de un negocio prohibido con causa ilícita o inmoral (artículo 1306 CC). La otra opción llevaría a la práctica extinción del artículo 1306 CC y del reproche de inmoralidad que lleva implícito.

En resumen: 1º) si se equipara la causa ilícita que no constituye delito ni falta (opuesta a las leyes o a la moral) a la causa torpe, se podrían aplicar las reglas previstas en el artículo 1306 CC a los negocios prohibidos con causa ilícita; 2º) la equivalencia entre causa inmoral y causa torpe supondría que el artículo 1306 CC sólo afectaría a los negocios que tengan causa ilícita por oposición a la moral (el artículo 1303 CC se reservaría para los negocios cuya causa se oponga a las leyes) y cuando la causa se oponga a la ley y a la moral habría que elegir entre dar prioridad a la ilegalidad (artículo 1303 CC) o a la inmoralidad (artículo 1306 CC); y 3º) si se considera que el artículo 1306 CC se refiere a la causa torpe de la atribución patrimonial y esta no es otra que un negocio inmoral (el negocio prohibido), habría que optar entre dar preferencia a la inmoralidad del negocio prohibido (artículo 1306 CC) o a su ilegalidad (artículo 1303 CC).

Por nuestra parte entendemos que hay que distinguir la causa ilícita (ilegal e inmoral) por infracción de una norma penal (artículo 1305 CC); y la causa ilícita (ilegal o inmoral) que no consiste en la infracción de una norma penal (artículo 1306 CC). En ambos casos hay que analizar el grado de culpabilidad de las partes con respecto al propósito común (ilegal y/o inmoral) que se persigue con el negocio para determinar si procede o no la restitución de las atribuciones patrimoniales realizadas.

⁴⁴² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 340.

La causa torpe se refiere a la culpabilidad de una o ambas partes con respecto a la ilicitud causal cuando ésta no ha sido constitutiva de delito. El artículo 1306 CC permite determinar el grado de culpabilidad de las partes que han llevado a cabo un negocio prohibido con causa ilícita con respecto a esta última, graduación que no puede realizarse en los negocios prohibidos con causa lícita, cuya ilicitud es independiente del propósito perseguido por las partes (artículo 1303 CC). Los negocios prohibidos con causa ilícita (ilegal e inmoral) conducen a la aplicación del artículo 1306 CC salvo que ninguna de las partes haya actuado con culpa con respecto al propósito ilícito, en cuyo caso procede la aplicación del artículo 1303 CC (no habría causa torpe); mientras que los negocios prohibidos con causa lícita siempre dan lugar a la aplicación del artículo 1303 CC.

Esta parece ser la solución que –con matices- acoge la PMDOC elaborada por la Comisión General de Codificación del Derecho Civil que, como ya indicamos, dispone en su artículo 1238.1 que: «Son nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral»; y «Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo». La Propuesta elimina la distinción entre los supuestos previstos en el artículo 1305 (causa ilícita que constituye un delito o falta) y 1306 CC (causa ilícita que no constituye delito o falta, hasta ahora denominada causa torpe); y condiciona la reclamación de lo dado en función de la torpeza (culpabilidad con respecto a la ilicitud causal) de las partes.

2.2. La culpa: el criterio de imputación

La doctrina ha desarrollado distintas tesis con el fin de determinar la culpa de las partes: 1º) algunos autores presuponen la culpa de ambas partes salvo que una de ellas sea totalmente inocente porque pueda apreciarse un vicio del consentimiento (error, violencia, intimidación o dolo)⁴⁴³; 2º) otros gradúan la culpabilidad haciendo balance de la moralidad del comportamiento de las partes⁴⁴⁴; y 3º) finalmente, una corriente minoritaria utiliza como criterio de referencia el hecho de que las motivaciones ilícitas (conocidas y consentidas) sean o no compartidas⁴⁴⁵.

A. La existencia de vicios del consentimiento que afectan a la causa

El punto de partida de este planteamiento es la distinción entre el demandante indigno (no tiene acción para exigir el cumplimiento ni para pedir la repetición de su prestación) y el demandante inocente (no puede exigir el cumplimiento, pero queda

⁴⁴³ NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel injustam causam», pp. 39-40.

⁴⁴⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario del art. 1.306 CC», p. 309.

⁴⁴⁵ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 112-120.

liberado de su promesa y tiene acción para exigir la restitución)⁴⁴⁶. Si la torpeza de una de las partes se produce por error⁴⁴⁷ o por cualquier otro tipo de vicio del consentimiento (dolo, violencia, intimidación), ésta circunstancia podría dar lugar a su inocencia⁴⁴⁸.

En contra de este planteamiento y en general, de la relación (o confusión) entre la causa ilícita o inmoral y los vicios de consentimiento, se plantean dos cuestiones: 1º) si es posible ejercitar la acción de nulidad por causa inmoral cuando ha concluido el plazo de cuatro años para la acción de anulabilidad correspondiente al vicio del consentimiento; y 2º) si se puede ejercitar la acción de nulidad por causa ilegal (contraria a una norma imperativa e incluso penal) en las referidas circunstancias.

Los vicios del consentimiento dan lugar a la anulabilidad del negocio, por lo que el plazo para pedir la restitución es de cuatro años (artículo 1301); mientras que la ilicitud causal implica la nulidad del negocio y la consiguiente restitución se sujeta al plazo de quince años (artículo 1964 CC). Con respecto a la posible colisión entre la causa inmoral y los vicios del consentimiento, se considera que «no es que se acorte el plazo cuando exista un vicio en el consentimiento conjugado con la ilicitud causal; es que la causa actuará de forma distinta, sin que entre en aplicación la ilicitud»⁴⁴⁹.

En relación a la segunda cuestión, se ha afirmado que si concurre una causa contraria a una norma imperativa o penal con un vicio del consentimiento debe prevalecer la protección del orden público y la legalidad del propio ordenamiento, de modo que –en principio– se aplicaría el régimen jurídico de la causa ilícita⁴⁵⁰. Asimismo, se indica que cuando se haya producido un error en las motivaciones de una de las partes que le haya causado un perjuicio, podrá apreciarse la inexistencia de la causa: la causa del negocio es inexistente cuando el contratante que ha sufrido el error ejercite la

⁴⁴⁶ NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», pp. 37-40.

⁴⁴⁷ NUÑEZ LAGOS, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», p. 40.

⁴⁴⁸ Este planteamiento nos acerca a las soluciones que ofrece el *Common Law* a este tipo de supuestos (vid. la enunciación de supuestos de INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», pp. 19-20, que se citó en la PARTE PRIMERA, en el apartado dedicado al *Common Law*). En las Partidas se consideraba que el conocimiento de la torpeza del pacto daba lugar a la negación de la repetición salvo en aquellos casos en que se promete siendo engañado, intimidado o mediante fuerza: «*Sabidor seyendo algund ome, que aquel pleito sobre que ficiera a otro promission, era torpe, e que auia derecho por si, para defenderse de non cumplirlo; si sobre esto fiziesse después la paga, dezimo que la non podría demandar; e si la demandasse, non seria el otro tenuto a tornargela...*» (P. 5,14,49); «*Otrosi dezimos que seria, si alguno prometiesse a dar alguna cosa por engaño quel fiziesse, o por fuerca, o por miedo que ouiesse, que le farian mal. Ca la promission que fiziesse en alguna destas manera, o en otra semejante dellas, non seria tenuto de la cumplir. Pero si pagasse o diesse después de su grado, aquello que auia prometido, non podría nin puede después, fazer demanda sobre ello*» (P. 5,14,49). SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 78, señala al respecto que «es probable que estas situaciones sean resueltas a través del consentimiento más que de la existencia de un vicio causal».

⁴⁴⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 182-184.

⁴⁵⁰ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 185-189.

acción de anulabilidad (artículo 1301 CC); y es verdadera y lícita cuando tras el conocimiento del error, aun así no ejercite la acción⁴⁵¹.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la PMDOC desvincula los problemas relacionados con la causa concreta de la causa torpe y los resuelve a través de figuras jurídicas como el error (error sobre el objeto, error sobre la causa que se equipara a la falsedad de la causa) o las consecuencias de la imprevisión contractual de un cambio de circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*, base del negocio, *hardship*..., sistema de remedios del incumplimiento del contrato)⁴⁵². Lejos de articular el error en la causa subjetiva como elemento exonerador de la culpa del *errans*, la doctrina y la jurisprudencia tienden a desvincular ambas figuras.

B. La moralidad de las partes

Un sector de la doctrina imputa la torpeza a una o ambas partes (apartados 1º y 2º del artículo 1306 CC) en atención a su comportamiento⁴⁵³. De acuerdo con este planteamiento, hay que hacer balance de la moralidad del comportamiento de las partes, excluyendo el derecho de restitución de aquella o aquellas que hayan actuado de forma deshonesto o contraria a la buena fe⁴⁵⁴, o de aquella cuya torpeza haya sido sensiblemente superior⁴⁵⁵. Se evalúa si las partes conocen, consienten y comparten la causa torpe, y en qué grado lo hacen; y para ello, se presta especial atención a su posición contractual⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 233-234. Cita en este mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, pp. 145-146; y ALONSO PÉREZ, Mariano, «El error sobre la causa», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Edición Universidad de Navarra, Navarra, 1969, pp. 7-78, en pp. 19 y ss.

⁴⁵² MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 1/2011, Comunicación presentada al Pleno de académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 11 de abril de 2011, pp. 455-476, en p. 469.

⁴⁵³ DELGADO, «Comentario del art. 1.306 CC», p. 309, pone de manifiesto la necesidad de hacer un balance del comportamiento de ambas partes. CARRASCO, *Derecho de contratos*, p. 757, señala que «nunca se han precisado términos como “culpa” o “extrañeza” a la causa torpe; no estar incurso en causa torpe puede significar no haber consentido en negocio, no haber conocido su ilegalidad, haber sido explotado por la otra parte o, simplemente, pertenecer al género de personas al que la norma prohibitiva pretende proteger».

⁴⁵⁴ Vid. en este sentido, entre otras, las SSTS nº 863/2009, de 15 de enero de 2010, *D. Rafael c. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.*, F. 8º; y nº 21/2011, de 8 de febrero de 2011, *Estación de Servicio Aloyas, S.L. c. Productos Petrolíferos, S.A.*

⁴⁵⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario del art. 1.306 CC», p. 309. De forma similar, CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pp. 1201-1207, en p. 1201.

⁴⁵⁶ PEÑA LÓPEZ, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», p. 1070, excluye el consentimiento como criterio a tener en cuenta (es un elemento esencial para que haya contrato), y presta especial atención a la posición contractual de las partes.

Esta tesis parte de un concepto de causa torpe-inmoral (obviamente, si ninguna de las partes actuó de forma inmoral habría que aplicar el artículo 1303 CC). En su contra se indica que el artículo 1306 CC no gradúa la culpa, distingue al culpable del inocente⁴⁵⁷.

C. El conocimiento de las motivaciones

Finalmente, se ha distinguido entre móvil, motivo y propósito, para designar la relevancia del aspecto subjetivo de la causa. Con respecto a los móviles, se señalan tres categorías: «el móvil intrínseco intencional, denominado causa, ya que desempeña este papel como elemento constitutivo del acto; el móvil causa o determinante; y el móvil teleológico, que revela el fin de los actos realizados». El propósito representaría «la idea de resultado a alcanzar», «causa final». El término «motivo» serviría para designar el aspecto subjetivo de la causa porque no presta tanta atención al resultado como a la intención: «no se presupone desde el principio una causa final, no es sólo el para qué, sino incluso el por qué». Para que el motivo jurídicamente relevante funcione como causa, deberían darse tres circunstancias: 1º) «ha de incidir en la celebración del contrato»; 2º) «ha de ser común en ambas partes»; y 3º) «ha de ser contrario a la ley, o a las convenciones sociales reflejadas en el propio ordenamiento, considerando una contravención de las buenas costumbres o el orden público»⁴⁵⁸.

Desde esta perspectiva, se sostiene que para que las motivaciones ilícitas incidan en la causa del contrato deben ser conocidas por las partes. En este sentido, se argumenta que «el Tribunal Supremo, al propugnar la idea de los motivos incorporados a la causa, parte de la común intencionalidad de las partes, entendido, más que como participación, como conocimiento por ambas partes»; y «el art. 1.262 del Código Civil exige que el consentimiento se preste sobre el objeto y la causa» y se proyecta sobre la causa «como estructura típica negocial», no sobre los «motivos ilícitos» incorporados a la causa, que trascienden a través de los artículos 1305 y 1306 CC. Las partes participan de la motivación (llevan a cabo el negocio); y ésta última adquiere relevancia jurídica a partir del momento en que es conocida.

Para graduar la culpabilidad de las partes habría que determinar si las motivaciones ilícitas son conocidas y compartidas por ambas partes: si son compartidas, la culpa es de las dos partes; si no son compartidas y no se oponen a la ley, la culpa corresponderá a la parte que las conozca; y si no son compartidas pero se oponen a la ley «el conocimiento se convierte en participación»⁴⁵⁹. Esto implica que si ambas partes conocen la causa torpe del negocio opuesto a la ley y una de ellas se ve obligada a dar

⁴⁵⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 337 y 360.

⁴⁵⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 110-111.

⁴⁵⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 112-117 y 359-361.

su consentimiento (participación, consentimiento sobre la estructura negocial) porque no tiene otra alternativa (no comparte las motivaciones ilícitas), será culpable de la causa torpe por la ilegalidad de sus motivaciones. Por lo tanto, se aplicaría el artículo 1306.1 CC: ninguna de las partes podría repetir lo dado ni reclamar el cumplimiento de lo ofrecido.

Esta tesis desprotegería los intereses de aquellos que conocen y quieren la causa ilícita pero no la consiente libremente. No tendría en cuenta que la actuación de una de las partes y otras circunstancias externas pueden condicionar el consentimiento.

D. El criterio que se propone: la culpa de la ilicitud causal

El elemento clave que se introduce en los artículos 1305 y 1306 CC es la culpa. La ilicitud causal de un negocio prohibido puede ser culpa de una o ambas partes (artículo 1306 CC); o de ninguna de ellas (en cuyo caso se aplicaría el artículo 1303 CC).

Los sujetos que llevan a cabo un negocio prohibido con causa ilícita son culpables de la ilicitud causal cuando pueden prestar su consentimiento libremente, esto es, cuando tienen capacidad para consentir; conocen la antijuridicidad de su conducta (consentimiento no viciado por un error de derecho); y puede exigírseles una conducta distinta (consentimiento no viciado por violencia o intimidación).

En los supuestos de error, violencia o intimidación, el vicio en el consentimiento se proyecta sobre el elemento subjetivo de la causa, esto es, sobre el propósito de las partes. Por este motivo, a la hora de hacer balance de su culpabilidad hay que tener en cuenta cómo se ha producido su consentimiento y, en particular, si el consentimiento del propósito común ilícito estaba viciado. Los negocios con causa ilícita en los que la ilicitud de esta última es culpa de una o ambas partes tienen una causa torpe (artículo 1306 CC), excluyéndose la culpa cuando no se haya prestado el consentimiento libremente.

La concepción voluntarista tradicional considera que para que exista contrato «debe existir un consentimiento, que ha de ser serio, espontáneo y libre», de forma que cuando falta alguna de estas condiciones no hay consentimiento o se encuentra viciado⁴⁶⁰.

El artículo 1265 CC no recoge todos los supuestos que pueden limitar la libertad de decisión de las partes. Así, por ejemplo, no hace referencia al estado hipnótico, a la

⁴⁶⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 185.

posible influencia de las drogas, al estado de embriaguez o a la situación de trastorno mental transitorio. De hecho, los supuestos previstos en el referido precepto son objeto de matizaciones en los artículos siguientes (así, por ejemplo, el error sólo invalida el consentimiento cuando recae sobre la sustancia de la cosa, el miedo vicia el contrato cuando el mal temido es inminente y grave, etc.). El planteamiento que preside la regulación de estos vicios no atiende tanto a si el consentimiento se encontraba viciado como en si es o no justo que el contratante quede vinculado por el mismo (el negocio puede vincular a las partes aunque el consentimiento esté viciado en casos de embriaguez, miedo leve, etc.).

La culpa -en sentido penal- requeriría analizar la capacidad de las partes (si son menores de edad), su imputabilidad (las posibles anomalías o alteraciones psíquicas, trastorno mental transitorio, intoxicación plena o síndrome de abstinencia y la alteración de la percepción), el conocimiento de la antijuridicidad (si existe un error de prohibición) y la exigibilidad de una conducta distinta (excluye la culpa el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes).

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1265 CC, en relación con el artículo 1306 CC, relativo a la causa torpe, entendemos que «el casuismo dogmatizado»⁴⁶¹ que inspira la redacción del referido precepto puede servir de guía para examinar la culpabilidad de las partes en el ámbito civil. En este sentido, habrá que determinar: 1º) la capacidad de las partes; 2º) el conocimiento de la ilicitud de la causa (error de derecho); y 3º) la exigibilidad de una conducta distinta (violencia, intimidación).

En primer lugar, los sujetos que no tienen capacidad para prestar su consentimiento, entre los que se incluyen los menores no emancipados y los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir (artículo 1263 CC) no pueden ser culpables de la ilicitud causal salvo que actúen por medio de un representante.

Los menores de edad tienen una capacidad de obrar limitada, lo que no implica que los contratos que celebran sean radicalmente nulos. Son contratos simplemente anulables o impugnables cuya anulación o impugnación se realiza a instancia del representante legal del menor o a instancia del propio menor cuando llega a la mayoría de edad. No pueden impugnarse por la parte que contrató con el menor. Además, el menor y su representante legal pueden confirmar estos contratos expresa o tácitamente, purificando sus efectos desde el momento de la celebración (artículos 1301, 1302, 1309 y 1313 CC).

⁴⁶¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 186.

Asimismo, los contratos celebrados por incapacitados pueden ser anulados siempre que se encuentren dentro del marco de la incapacidad (artículo 210 CC). Estos contratos pueden anularse o confirmarse (expresa o tácitamente) por los representantes legales del incapacitado y, en su caso, por el propio incapacitado, si sale de la incapacidad (artículos 1301, 1302, 1309 y 1313 CC). Al igual que en el supuesto anterior, no podrá impugnar el contrato la parte que contrató con el incapacitado.

Algunos autores consideran que cuando el contrato se celebra con enfermos mentales o con disminuidos psíquicos es nulo por absoluta falta de consentimiento (en lugar de anulable por falta de capacidad)⁴⁶². Como ha señalado nuestra mejor doctrina, la distinción entre los contratos de los incapacitados y los contratos de los enfermos mentales y disminuidos psíquicos no incapacitados implicaría: un mayor alcance de la invalidez con respecto a los enfermos mentales y disminuidos psíquicos no incapacitados judicialmente; la nulidad absoluta del contrato celebrado por el enfermo mental o disminuido psíquico no incapacitado, que podría ser atacado por la otra parte; a falta de incapacidad judicial, la necesidad de probar la incidencia de la enfermedad o anomalía; y el cómputo del plazo comenzaría a contar desde la consumación del contrato y no «desde que salieren de la tutela» (artículo 1301 CC), como sucede con los incapacitados⁴⁶³.

Por nuestra parte entendemos que en todos estos casos nos encontramos ante supuestos de falta de capacidad para prestar libremente el consentimiento –y no de falta de consentimiento–, de forma que el negocio prohibido puede tener una causa ilícita y adolecer de un vicio en el consentimiento que exima de culpa a una de las partes mientras sea posible pedir la restitución derivada de su anulabilidad (falta de capacidad para consentir de la persona frente a la que se comete el abuso).

Un supuesto distinto de los anteriores que conduciría a las mismas conclusiones es el de las prohibiciones legales para contratar. La capacidad o incapacidad no dependería de las condiciones personales del contratante, sino de razones objetivas de conveniencia o inconveniencia de la celebración del contrato (por ejemplo, el artículo 1459 CC).

Asimismo, hay que tener en cuenta que las personas jurídicas que lleven a cabo negocios prohibidos con causa ilícita por medio de sus órganos o representantes no podrán alegar su falta de culpa como si de menores e incapaces se tratase. Las personas jurídicas necesitan para actuar su capacidad de obrar y para conseguir sus fines la

⁴⁶² Vid. JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*.

⁴⁶³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 171-172.

existencia de órganos que creen, emitan y ejecuten su voluntad, labor que es asumida por las personas físicas que forman parte de aquéllos. La voluntad de los órganos de la persona jurídica se considera que es jurídicamente la voluntad del ente⁴⁶⁴. De ahí que las personas jurídicas puedan actuar de forma jurídicamente culpable⁴⁶⁵.

En segundo lugar, la doctrina tradicional ha venido sosteniendo la irrelevancia del error de derecho a partir de lo dispuesto en el artículo 6.1 CC: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» y «El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen». Sin embargo, la doctrina moderna distingue la ignorancia de la ley como excusa de cumplimiento de la misma, de la ignorancia o error sobre la ley como motivo de irregularidad de un contrato. Cuando una de las partes se vincule con otra ignorando el alcance o la propia existencia de una disposición legal, se podría apreciar un error de derecho siempre que esta circunstancia vaya en su perjuicio⁴⁶⁶. El error de derecho puede referirse a la existencia de la norma como tal o a la existencia, límites y presupuestos objetivos de una causa de exención que autorice el negocio.

En estos casos habría que prestar especial atención a la situación en la que se encuentran los sujetos que se adhieren a condiciones generales de la contratación o que aceptan cláusulas no negociadas individualmente⁴⁶⁷. Detrás de las normas relativas a las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas se encuentran principios de nuestro derecho tales como que la validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 CC), la determinación del precio y en general el contenido de las prestaciones no pueden dejarse en manos de uno de los contratantes (artículos 1273, 1446 y otros análogos del CC), los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 CC), la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (artículo 7 CC), etc. Cuando la contravención de una norma imperativa o prohibitiva se

⁴⁶⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, p. 586.

⁴⁶⁵ En este sentido, hay que tener en cuenta que a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se admite incluso la responsabilidad penal, autónoma y directa de las personas jurídicas (artículo 31 bis CP). Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal, vid. TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad Penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal*, 1995, p. 114; y HEINE, Günter, «La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales», *Anuario de Derecho Penal*, 1996, pp. 39-43. En contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. por todos, DEL CASTILLO CODES, Enrique. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Noticias jurídicas*, diciembre de 2011, <http://www.noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201112-9425154244285.html>.

⁴⁶⁶ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 211-212.

⁴⁶⁷ Conviene indicar que el artículo 4:109 de los PECL establece que los pactos que impongan beneficios excesivos o ventajas injustas son anulables y se reconoce al juez la posibilidad de que adapte el contrato a lo que podría haberse acordado respetando el principio de buena fe contractual. En un sentido parecido, los principios UNIDROIT (artículo 3.10) prevén la aplicación de la sanción de anulabilidad respecto de las cláusulas que conceden ventajas excesivas a favor de una de las partes contratantes.

recoja en un contrato de adhesión, resulte contraria a la buena fe y genere un desequilibrio para la parte que se adhiere, es posible que su consentimiento esté viciado por un error de derecho (conoce y quiere los elementos del ilícito pero desconoce su ilicitud... y el perjuicio que la misma le está causando), por lo que la culpa de la torpeza sería del predisponente. No es lo mismo consentir que adherirse a un negocio.

En tercer lugar, el artículo 1267 CC dispone que «hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes». De acuerdo con este artículo la doctrina considera que la intimidación requiere dos ingredientes: la amenaza y el temor⁴⁶⁸.

La amenaza –expresa o táctica- debe ser hecha contra derecho y llevar implícito el anuncio de un mal inminente, grave y cierto. La inminencia consiste en «la mayor o menor proximidad del mal que se espera y la mayor o menor posibilidad de evitarlo»; la gravedad se mide «en relación con la idoneidad del mal para influir sobre el ánimo del sujeto»; y la certidumbre requiere que el peligro será cierto y concreto.

El temor del sujeto pasivo debe ser «racional y fundado» y debe fundarse «en un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes» (párrafo 2º del artículo 1267 CC), pudiendo valorarse el mal inminente y grave a otras personas distintas de las que se enumeran en el referido precepto. Para calificar la intimidación, habrá que atender «a la edad y a la condición de la persona» amenazada, sin que el «temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto» pueda anular el negocio (párrafos 3º y 4º del artículo 1267 CC).

La intimidación se proyecta sobre el comportamiento del sujeto paciente. En muchos casos se aceptan condiciones ilícitas como consecuencia de una situación de dependencia con respecto a la otra parte (generalmente económica) y debido a la incapacidad para resistirse a sus peticiones (por ejemplo, abuso de posición dominante de explotación). El miedo o temor viciaría el consentimiento de la parte intimidada.

La violencia, esto es, el empleo de una «fuerza irresistible» para arrancar el consentimiento a la otra parte (artículo 1267 CC) es más difícil que se produzca, aunque no imposible. La violencia mira hacia el comportamiento del sujeto agente. La coacción puede ser material, cuando la fuerza bruta excluya por completo la voluntad de la otra parte (por ejemplo, firma de un documento porque otra parte sujeta y conduce la mano); o psíquica, cuando la fuerza no sustituye la voluntad pero contribuye a que se manifieste

⁴⁶⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 190-197.

de una determinada forma (por ejemplo, se acepta el negocio después de haber sufrido una paliza)⁴⁶⁹. En la práctica, parece difícil que un vicio del consentimiento de estas características afecte a la causa concreta de un negocio prohibido.

3. Legitimación

El artículo 1306 CC establece unos u otros efectos dependiendo de la «culpabilidad» de las partes con respecto al hecho en qué consiste la causa torpe: «1.^a Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido»; y «2.^a Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido».

3.1. Ausencia de legitimación: culpa compartida

La causa torpe imputable a ambas partes (artículo 1306.1 CC) permite diferenciar las siguientes situaciones: 1º) si ninguna de ellas ha cumplido su prestación, no habrá nada que restituir, de modo que este precepto conduce al mismo resultado que la aplicación del artículo 1303 CC; 2º) si las dos han cumplido, la primera regla que se contiene en el artículo 1306 CC funciona como si de hecho no se hubiese producido la nulidad puesto que no tendrían que restituirse los que se entregaron; y 3º) si una ha cumplido pero la otra no, esta última se enriquece a costa de la primera.

El régimen especial aplicable a los supuestos de causa torpe cambia con respecto al régimen general de restitución que se deriva de la nulidad (artículo 1303 CC): 1º) cuando las dos partes han cumplido y están incursas en causa torpe (se consigue el resultado: *causa secuta*); y 2º) cuando ambas partes son culpables de la ilicitud causal y una de ellas retiene la prestación que ha recibido sin cumplir con la suya (no se consigue el resultado: *causa non secuta*).

Cuando la causa torpe es atribuible a ambas partes y éstas han cumplido con lo acordado, el resultado final es el querido por ellas, puesto que no tendrían que restituir lo que se entregaron: el negocio nulo sería totalmente eficaz⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, p. 190.

⁴⁷⁰ JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María, «Tipología de restricciones horizontales: limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria [Art. 1.1.b), 1.1.c), 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 15/2007]», MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 163-190, en p. 171, cita como ejemplo de acuerdo horizontal de suministro que encubre un reparto de

La doctrina y la jurisprudencia consideran que los negocios prohibidos con causa torpe común a las partes en los que una de ellas ha cumplido lo acordado sin recibir a cambio la contraprestación pactada benefician a la parte que no entregó nada puesto que ninguna de ellas puede repetir lo que hubiera dado ni reclamar el cumplimiento de lo que la otra hubiese ofrecido⁴⁷¹. Sin embargo, esta circunstancia se justificaría por el criterio culpabilístico que incorpora el artículo 1306 CC. Además, hay que tener en cuenta que rara vez se producirá esta situación en la práctica, puesto que en la mayoría de los casos el cumplimiento de las partes se produce de forma simultánea.

3.2. Legitimación limitada: culpa de una de las partes

Cuando la culpa con respecto a la ilicitud causal (o causa torpe) no es imputable a todas las partes que han participado en el negocio, se pueden producir las siguientes situaciones: 1º) si ninguna ha cumplido, no tendrán nada que restituirse, si bien la parte inocente podría reclamar daños por culpa *in contrahendo*; 2º) si la parte no incurso en causa torpe ha cumplido y la otra no, procederá la restitución de lo cumplido y, eventualmente, la indemnización por culpa *in contrahendo*, sin que pueda el sujeto que actuó sin culpa pedir el cumplimiento de la parte incurso en causa torpe; 3º) si la causa torpe afecta sólo a una de las partes y ambas han cumplido enteramente, la parte inocente puede reclamar la restitución y retener lo recibido; y 4º) si la causa torpe afecta a la parte que ha cumplido, pierde lo entregado y no puede reclamar lo prometido.

El régimen aplicable a los supuestos de causa torpe cambia con respecto al régimen general de restitución que se deriva de la nulidad (artículo 1303 CC): 1º) cuando la parte inocente retiene la prestación hecha por la otra, sin cumplir con la suya (no se consiguió el resultado ilícito pretendido: *causa non secuta*); y 2º) cuando la parte inocente pide que se le devuelva lo que ha dado y retiene lo que la otra le entregó (se obtuvo el resultado querido: *causa secuta*).

El artículo 1238 PMDOC parece situarse en una línea más restrictiva puesto que, a diferencia de los artículos 1305 y 1306 CC, solo se refiere al supuesto de torpeza común de las partes «en el mismo grado». De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1238 PMDOC: «Ninguna de las partes a quien se impute en el mismo grado la torpeza de la causa podrá reclamar lo dado en virtud del contrato nulo». Este precepto implica

mercado la Decisión de la Comisión en el asunto CRAM (DOCE L 362/40 1892) confirmada por sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 29&30/83 1984, Rec. 1679.

⁴⁷¹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 307, consideran que aunque esta regla pueda no atender a los intereses privados de las partes, sí atendería al interés público y citan como ejemplo las sentencias de 23 de noviembre de 1961 y de 2 de abril de 2002.

que, siendo imputable la «torpeza de la causa» «en el mismo grado» a las dos partes, la parte que entrega algo sin recibir nada a cambio no puede reclamar lo dado.

El referido artículo no hace referencia a los negocios con causa torpe en los que la culpa está de parte de un solo contratante o, si se prefiere, en los que no pueda imputarse «en el mismo grado la torpeza de la causa». Por lo tanto, una interpretación restrictiva podría suponer que cuando una de las partes actúe con «mayor grado de torpeza» que la otra, la nulidad daría lugar a la recíproca restitución de las prestaciones. De este modo, la parte culpable de la torpeza «en mayor grado» podría obtener la restitución de lo dado a la parte que actuó con «menor grado de torpeza». De acuerdo con esta interpretación, la causa torpe ya no sería una regla protectora de los intereses de los inocentes (esto es, de los sujetos ajenos a la torpeza, que dejarían de tener derecho a reclamar lo dado sin restituir lo recibido, como actualmente se prevé en el apartado 2º de los artículos 1305 y 1306); y se limitaría a dar amparo jurídico a los supuestos de causa torpe común. En la práctica esta regla operaría de forma residual (como sucede en la actualidad) y solo se aplicaría a los contratos con prestaciones recíprocas en los que ambas partes hayan cumplido lo acordado y sean partícipes de la torpeza de la causa en el mismo grado. De ahí que, a nuestro parecer, deba realizarse una interpretación amplia de este precepto que comprenda la culpa de una o ambas partes con respecto a la ilicitud causal (causa torpe).

4. El plazo

La acción declarativa de nulidad y la restitutoria que se deriva de ésta no son incompatibles con la acción declarativa de la anulabilidad y la restitutoria derivada de la misma: la acción declarativa de la nulidad no prescribe, es la acción restitutoria derivada de ésta la que lo hace en el plazo de quince años (artículo 1964 CC); y la acción declarativa de la anulabilidad por vicio del consentimiento tampoco prescribe, pero la acción restitutoria que deriva de ésta se sujeta al plazo de cuatro años (artículo 1301 CC).

La intimidación o la violencia que vicie el consentimiento de una de las partes con respecto a la ilicitud causal estaría sujeta a un plazo de cuatro años a contar «desde el día que éstas hubiesen cesado». Una vez finalizado ese plazo sin que la parte afectada por el vicio haya ejercitado la acción, cesaría la posibilidad de pedir la restitución y, en consecuencia, el sujeto inocente dejaría de serlo (al menos en el ámbito restitutorio). Lo mismo sucedería con respecto al error, si bien con una diferencia: el plazo para computar la acción restitutoria derivada de la anulabilidad comienza «desde la

consumación» del negocio. En el caso de los menores, el cómputo comenzaría el día que el menor adviene a la mayoría de edad⁴⁷².

En los negocios prohibidos con causa torpe (causa ilícita que es culpa de una o ambas partes y no da lugar a un ilícito penal) en los que la culpabilidad de la torpeza pueda atribuirse a una de las partes (porque la otra no consintió libremente la ilicitud causal) se lesionan dos tipos de intereses: 1º) el interés general que protege la nulidad; y 2º) el interés del particular que actuó sin culpa (acción restitutoria que se deriva de la acción declarativa de nulidad).

La protección del interés general que protege la nulidad precisa que la ineficacia del negocio sea absoluta y definitiva. Esto no impide que se protejan los intereses de las partes en el plano restitutorio valorando los posibles vicios del consentimiento del propósito negocial que puedan haber afectado a alguna de ellas: si una de las partes actuó sin culpa (por ejemplo, su consentimiento estaba viciado por violencia o intimidación y el vicio no se ha sanado) tendrá que asumir la ineficacia absoluta y definitiva del negocio pero, como contrapartida, no tendrá que devolver lo que ha recibido y podrá recuperar lo que entregó. Superado el vicio del consentimiento, si prescribe la acción restitutoria la culpa de la torpeza recaería sobre ambas partes. La parte que pudo hacer valer el vicio no lo hizo y, en consecuencia, se convierte en partícipe del propósito ilícito subyacente. La sanación del vicio en el ámbito restitutorio (prescripción de la acción restitutoria derivada de la anulabilidad) no da validez al negocio prohibido con causa ilícita⁴⁷³, simplemente excluye la restitución a favor de la parte que no consintió libremente en un momento inicial y, posteriormente, no ha hecho valer ese vicio en plazo. Esta solución serviría para incentivar que los vicios del consentimiento salgan a la luz: la parte inocente afectada por el vicio puede reclamar lo dado sin cumplir lo ofrecido siempre que lo haga en plazo.

5. Alcance de la restitución

La causa torpe condiciona la restitución atendiendo: 1º) a la inocencia o la culpa de las partes con respecto a la ilicitud causal a lo largo de la vida del negocio; y 2º) al propósito que se desprende de la propia causa. Cuando desaparece la posibilidad de hacer valer la inocencia con respecto a la ilicitud causal, se ve limitado el alcance la restitución. Asimismo, cuando el negocio que se ha llevado a cabo incluye atribuciones patrimoniales no definitivas, éstas quedarían fuera de la causa (se entregó algo de forma temporal y no definitiva) por lo que su restitución operaría al margen de la torpeza.

⁴⁷² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*, pp. 597-598.

⁴⁷³ Planteamiento que, como ya se indicó, sostiene SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 182-184 y 185-189.

5.1. El momento de la imputación de la culpa condiciona la restitución

La culpa de la ilicitud causal puede tener su origen en la configuración del negocio o puede producirse con posterioridad.

En el primer caso, se pueden diferenciar las siguientes situaciones: 1º) la culpa de la ilicitud causal afecta a las dos partes; 2º) la culpa afecta sólo a una de ellas; o 3º) ninguna actuó de forma culpable. La culpa de la torpeza afectará a ambas partes (artículo 1306.1 CC) cuando conozcan, quieran y consientan libremente la causa ilícita. Esta es la situación más común. No obstante, la culpa de la torpeza podrá atribuirse exclusivamente a una de ellas cuando la otra no consintió libremente porque le faltaba capacidad para consentir, no tuvo conocimiento de la ilicitud de la causa (error de derecho) o, teniéndolo, se vio obligada a contratar (violencia o intimidación). Finalmente, si ninguna de las partes ha actuado de forma culpable con respecto a la causa ilícita procedería aplicar el artículo 1303 CC en lugar del artículo 1306 CC (la causa no será torpe).

En segundo lugar, un negocio inicialmente válido puede dejar de serlo por mandato de ley o como consecuencia de la entrada en vigor de una nueva norma. Los negocios prohibidos pueden tener una ineficacia originaria o sobrevenida. Por este motivo, la imputación de culpas debe realizarse en el momento de la celebración del negocio (ineficacia originaria) o cuando se produzca el hecho sobrevenido que propicie la ilicitud causal (ineficacia sobrevenida).

En contra de la valoración del comportamiento de las partes durante la vida del negocio prohibido se podría argumentar la inmutabilidad de la causa. Lo que suceda después de la celebración del negocio se queda en ámbito de los efectos previstos en el artículo 1306 CC. El balance del comportamiento de las partes se realiza en el momento en el que se suscribe el negocio prohibido⁴⁷⁴. A favor, entendemos que el propósito de las partes debe analizarse de acuerdo con el Derecho vigente. Cuando un negocio inicialmente válido deja de serlo, hay que determinar si en ese momento las partes consintieron libremente que siguiese produciendo sus efectos. La actuación de las partes debe analizarse a largo de la relación negocial⁴⁷⁵, circunstancia que –como se ha

⁴⁷⁴ En el Derecho Civil alemán, la doctrina mayoritaria sostiene en relación con el § 138 BGB que el enjuiciamiento de la inmoralidad del negocio (y no de su causa, puesto que el sistema alemán no es causalista) debe realizarse en el momento de su celebración. Vid. por todos a MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, V.G. Müller, Heidelberg, 1997, Mg. 691, p. 261, citado por INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», p. 9.

⁴⁷⁵ La jurisprudencia tiene muy presente el comportamiento de las partes a lo largo de la relación negocial a hora de realizar la imputación de culpas. Un buen ejemplo es la STS de 8 de febrero de 2001 (RJ).

adelantado- también afecta al análisis de los vicios del consentimiento que pueden incidir en la causa ilícita. En este sentido, se pueden diferenciar las siguientes situaciones: 1º) la torpeza sobrevenida por prescripción, que se produce cuando nos encontramos ante un negocio prohibido con causa ilícita en el que, apreciándose un vicio en el consentimiento de una de las partes que le exime de culpa, prescribe el plazo para hacerlo valer en el ámbito restitutorio; y 2º) la ilicitud causal sobrevenida, que afecta a los negocios con causa lícita que se convierten en negocios prohibidos con causa ilícita y, en última instancia, puede constituir un supuesto de causa torpe.

La acción restitutoria derivada de los vicios del consentimiento que eximan de culpa a una o ambas partes con respecto a la causa torpe prescriben en el plazo de cuatro años. La acción declarativa de nulidad y la restitutoria que se deriva de ésta no son incompatibles con la acción declarativa de la anulabilidad y la restitutoria que se deriva de ésta: la acción declarativa de la nulidad no prescribe, es la acción restitutoria derivada de ésta la que lo hace en el plazo de quince años (artículo 1964 CC); y la acción declarativa de la anulabilidad por vicio del consentimiento tampoco prescribe, pero la acción restitutoria que deriva de ésta se sujeta al plazo de cuatro años (artículo 1301 CC).

Asimismo, un negocio válido, con causa lícita, puede convertirse en un negocio prohibido con causa ilícita como consecuencia de un cambio normativo. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se produce un cambio en una norma y un negocio que inicialmente era válido deja de serlo. Las partes conocen y quieren los elementos que integran la causa ilícita, pero el cambio en la norma convierte el propósito lícito (causa lícita) en ilícito (causa ilícita). Para valorar la culpa de las partes hay que tener en cuenta si éstas han consentido libremente el cambio que introduce la nueva norma (por ejemplo, si una o ambas se encuentran en un error de derecho, si ha existido intimidación para dejar el negocio como está, etc.). Aunque no suele apreciarse la causa torpe del negocio en este tipo de situaciones (se considera que la causa del negocio era válida en su formación), la culpabilidad de las partes debería analizarse también en el momento en el que el negocio deja de ser válido.

El análisis de la culpabilidad de las partes a lo largo de la vida del negocio podría plantear la duda de si junto a los vicios del consentimiento que afectan a la causa se puede incluir también el arrepentimiento de alguna o algunas de las partes. La idea del arrepentimiento consiste en la posibilidad que se le otorga al contratante que ha participado de la ilicitud del contrato de obtener la restitución si actúa antes de que se

2011/1820), donde se dice, en síntesis, que no se puede pedir la nulidad de un contrato que se ha estado ejecutando durante años cuando sólo faltan unos meses para que finalice su periodo de vigencia denunciando su causa torpe (por infracción del Derecho de la Competencia) e imputando la torpeza a la otra parte, en beneficio propio.

produzca el resultado ilegal, esto es, si consigue prevenir el propósito ilegal⁴⁷⁶. Esta figura se aleja del elemento causal español y va más allá del tenor literal del artículo 1306 CC, cuyo carácter imperativo desaconsejaría esta posibilidad⁴⁷⁷. El Derecho del *Common Law* permite la restitución de lo entregado a la parte que se arrepiente de haber llevado a cabo el negocio prohibido cuando la mera actividad contractual no sea de por sí ilícita; y se haya empezado a ejecutar alguna prestación o el contrato se haya llevado a efecto parcialmente, siempre que no se haya llegado demasiado lejos («*before things go so far*»), la otra parte no haya indicado que no va a llevar a cabo su parte y el propósito ilegal sea posible⁴⁷⁸. Por nuestra parte, entendemos que el arrepentimiento no excluye la ilicitud de la causa (las partes conocían y querían los elementos del ilícito) y no exime de culpa con respecto a la misma (consintieron libremente la ilicitud causal), por lo que no afectaría a la causa torpe.

5.2. La torpeza se proyecta sobre atribuciones patrimoniales definitivas

La restitución prevista en el artículo 1306 CC requiere que previamente se haya realizado alguna atribución patrimonial. Los negocios prohibidos con causa ilícita que no producen ningún tipo de desplazamiento patrimonial excluyen la aplicación de este precepto.

La doctrina y la jurisprudencia matizan la regla de la causa torpe para equilibrar la posición de las partes excluyendo: 1º) la repetición de las prestaciones no definitivas; y 2º) circunscribiéndola a los negocios con prestaciones recíprocas cuando ambas partes hayan cumplido con sus obligaciones.

Con respecto a la primera excepción, se excluyen de la regla de la causa torpe las atribuciones que no sean definitivas, aquellas que el atributario no deba retener para siempre según el acuerdo, así como las que no reciba para su propio patrimonio⁴⁷⁹. Las prestaciones de garantía (propias de los contratos conexos de garantía), las cantidades entregadas para ejecución de un mandato ilícito, mientras éste no se haya ejecutado (características de los contratos conexos en nombre de otro o a favor de tercero) y los

⁴⁷⁶ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el *Common Law*», pp. 154 y ss.

⁴⁷⁷ Vid. en este sentido, SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 358-359. NUÑEZ LAGOS, «*Condictio ob turpem vel injustam causam*», p. 35, también parece excluir el arrepentimiento.

⁴⁷⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, «Los contratos ilegales en el *Common Law*», pp. 154-156.

⁴⁷⁹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 310, «El Código Civil alemán excepciona de la exclusión de repetición de la prestación torpe el caso en que la prestación consistiere en contraer una obligación (§817-2 BGB). Con mayor razón debe mantenerse la misma doctrina para el Derecho español, en que no se reconoce el negocio obligacional abstracto». Vid. en este mismo sentido, ALONSO PUIG, «Reflexiones sobre el artículo 1306 CC», pp. 166-167; y DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario del art. 1.306 CC», pp. 455-456.

derechos de usufructo o de superficie que puedan dar forma a negocios prohibidos con causa ilícita (negocios coligados) darían lugar a repetición aun cuando la obligación garantizada fuese nula. Se argumenta que de lo contrario el artículo 1306 CC ocasionaría desplazamientos patrimoniales que no habría producido el propio negocio de ser válido. Este planteamiento resulta coherente con la finalidad del precepto: los efectos de la causa torpe no pueden ir más allá del propósito del negocio.

En segundo lugar, nuestra jurisprudencia sostiene que el artículo 1306 CC sólo se aplica a los «contratos con prestaciones recíprocas, y no a aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso, por una de las partes» y cuando, además, ambos contratantes hayan cumplido lo que les incumbía. Por lo tanto, el referido precepto no podría aplicarse «si sólo uno de los contratantes entregó algo» o «cuando alguno de ellos no hubiera recibido la contraprestación que le era debida como consecuencia de las obligaciones concertadas»⁴⁸⁰.

La doctrina y la jurisprudencia española –al igual que la francesa y la italiana– reducen cada vez más el ámbito de aplicación de la causa torpe⁴⁸¹. En este sentido, suele afirmarse que la regla *in pari causa* no se aplica a todas las obligaciones, sino sólo a las obligaciones sinalagmáticas nacidas de un contrato oneroso de carácter inmoral⁴⁸². No obstante, también hay algunos autores que se muestran en contra de esta corriente⁴⁸³.

Tal vez el supuesto más representativo sea el del acuerdo de asociación o de sociedad (que excluye por su propia naturaleza la realización de prestaciones recíprocas). La causa torpe común consistente en la creación de un cártel mediante la constitución de una asociación afectaría a todas las partes (socios) que, en condiciones normales, conocen, quieren y consienten libremente el objeto social⁴⁸⁴. En este supuesto, el destino de las aportaciones realizadas plantea dudas: la doctrina mayoritaria considera que la regla prevista en el artículo 1306 CC se dirige únicamente a los contratos de intercambio, de modo que se excluiría el contrato de sociedad y, en consecuencia, procedería la restitución equivalente en metálico⁴⁸⁵; otros autores rechazan la repetición

⁴⁸⁰ ALONSO PUIG, «Reflexiones sobre el artículo 1306 CC», p. 161, cita en este sentido, con carácter general, las SSTS de 7 de febrero de 1959 (RJ 463); 17 de octubre de 1959 (RJ 3679), 23 de febrero de 1965 (RJ 990); 24 de enero de 1977 (RJ 98) y 30 de octubre de 1985 (RJ 5134).

⁴⁸¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 365, cita a favor de la limitación del artículo 1306 CC a las obligaciones recíprocas la STS de 16 de octubre de 1956

⁴⁸² CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», p. 1207; y SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 352.

⁴⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, p. 253; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Par delictum y par causa turpitudinis», pp. 189-190; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a los artículos 1.300-1.314», pp. 453-455; y ALONSO PUIG, «Reflexiones sobre el artículo 1306 CC», p. 161.

⁴⁸⁴ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 376. También en SABORIDO SÁNCHEZ, «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», p. 24.

⁴⁸⁵ Por todos, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil: la empresa y el empresario. Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1978, p. 341.

con base en la causa ilícita, pero dejan abierta la posibilidad de que las partes reclamen a través de la acción de enriquecimiento sin causa y de la reivindicatoria⁴⁸⁶; y finalmente, se defiende la aplicación del artículo 1306 CC y se rechaza la devolución de las aportaciones⁴⁸⁷

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la restitución de las aportaciones realizadas a una asociación constituida con la finalidad de infringir la normativa de defensa de la competencia, en su sentencia de 31 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4499). La recurrente, una asociación que tenía por objeto la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos, pedía que se aplicase el artículo 1306 CC en contra del actor que reclamaba la restitución de las aportaciones hechas al cártel anticompetitivo. Nuestro más Alto Tribunal aplicó el artículo 1303 CC con respecto a las aportaciones que el actor realizó al cártel; y el artículo 1306.1 CC, para negar al asociado el pago de los beneficios prometidos y no cumplidos. Esta sentencia se apoyó, por tanto, en la doctrina mayoritaria.

La limitación de la aplicación del artículo 1306 CC a los contratos sinalagmáticos no parece tener demasiado fundamento. Cuando el negocio societario o asociativo tengan una causa torpe consistente en la infracción del Derecho *antitrust* habría que aplicar las reglas previstas en el artículo 1306.1 CC, de modo que los socios no tendrían derecho a las aportaciones pendientes, a las ganancias obtenidas ni a la recuperación de las aportaciones realizadas. En este sentido, cabe afirmar que los contratos de asociación o de sociedad (civil o mercantil) con causa torpe deberían dar lugar a la aplicación de la regla prevista en el artículo 1666 CC: «Cuando se declare la disolución de la sociedad ilícita, las ganancias se destinarán a los establecimientos de beneficencia del domicilio de la sociedad, y, en su defecto, a los de la provincia». Así se devolvería a la sociedad lo que se le ha quitado. Como ha señalado algún autor, en los negocios prohibidos que den lugar a la constitución de una sociedad u asociación, «la lógica penalizadora debería conducir al apoderamiento de la prestación o de su valor por la autoridad pública para darle un destino socialmente beneficioso»⁴⁸⁸. Aunque la confiscación pueda utilizarse como amenaza o chantaje por parte del contratante indigno que ha cumplido con su parte (si no cumples con tu parte nos quedamos los dos sin nada)⁴⁸⁹, la posible iniciativa de la autoridad pública relativizaría esta situación.

⁴⁸⁶ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 377, cita en este sentido a CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984, pp. 95 y ss.

⁴⁸⁷ PAZ-ARES, Cándido, «Artículo 1.666», *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1996, p. 1336; y SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 377.

⁴⁸⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Par delictum y par causa turpitudinis», pp. 183-184.

⁴⁸⁹ CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», pp. 1204-1205.

En conclusión, es comprensible que se excluyan de la regla de la causa torpe las atribuciones patrimoniales que no sean definitivas (de lo contrario se estaría produciendo una atribución ajena a la causa). Sin embargo, no parece justificable la interpretación restrictiva y al margen del tenor literal del artículo 1306 CC que se viene realizando en los últimos tiempos, que limita su aplicación a los contratos con prestaciones recíprocas.

CAPÍTULO III

LA REIVINDICACIÓN Y LA USUCAPIÓN

I. La relación entre la nulidad, la acción restitutoria, la reivindicatoria y la usucapión

La declaración de nulidad y la consiguiente acción restitutoria (cuyo fundamento se sitúa en el negocio nulo) están estrechamente ligadas a la usucapión y a la acción reivindicatoria (cuyo fundamento se encuentra en la propiedad de la cosa)⁴⁹⁰. La nulidad del negocio afecta a los plazos para la usucapión (y para el ejercicio de la acción reivindicatoria) que, a su vez, puede impedir la restitución de las cosas que se hayan entregado en virtud del mismo (como no se podría devolver la cosa, la restitución sería por valor).

La propiedad se puede adquirir en colaboración con un titular anterior (adquisición derivativa) o sin ella (adquisición originaria). Los modos derivativos de adquisición de la propiedad implican la participación del anterior titular, puesto que se transmiten por efecto de una relación jurídica existente. Para la adquisición derivativa del dominio y los demás derechos reales es preciso que la *traditio* vaya precedida de un negocio jurídico válido que justifique la adquisición (la transmisión de la posesión en virtud de un contrato nulo no provoca la mutación jurídico-real pretendida puesto que la *traditio* carece de causa que le sirva de justificación jurídica). En la adquisición originaria el derecho nace *ex novo* (como es el caso de la ocupación) o la adquisición se realiza al margen del anterior dueño o titular del derecho (supuesto del hallazgo, la usucapión, o las adquisiciones *a non domino*).

Las adquisiciones derivativas requieren para su eficacia la titularidad del anterior transmitente⁴⁹¹. Por este motivo, hay que tener muy presente la relación entre la nulidad de los negocios prohibidos (y la posible acción restitutoria derivada de la misma) y las reglas aplicables a la adquisición *a non domino*, la usucapión y la acción reivindicatoria⁴⁹².

⁴⁹⁰ ESPÍN CÁNOVAS, «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», pp. 527-529.

⁴⁹¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, pp. 36-37.

⁴⁹² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 445, señalan que estos problemas se venían analizando en el ámbito de la usucapión (BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 660; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Poseción y usucapión: estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil español*, Consejo Superior de Investigaciones

1. La adquisición *a non domino*

Cuando la cosa entregada en virtud de un negocio nulo acabe en manos de un tercero -con el que se celebre un contrato derivado-, habrá que ver si éste ha adquirido a título oneroso, de buena fe y con los demás requisitos que justifican las adquisiciones *a non domino*. Si el tercero ha adquirido la propiedad *a non domino*, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 LH, para inmuebles, y en el artículo 464 CC, para muebles (precepto que, en nuestro caso, relacionaremos con el artículo 85 C. de Co.), su posición será inatacable.

El artículo 34 LH dispone que «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

Aunque este precepto menciona la nulidad y la resolución del derecho, se extiende también a las acciones rescisorias y revocatorias, en los términos previstos en el artículo 37 LH⁴⁹³. La adquisición hecha por un tercero que adquiere a título oneroso de persona que figura en el registro con facultad para transmitir es irreivindicable. Los contratos derivados de un negocio prohibido en virtud de los cuales se adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que aparezca en el registro con facultades para transmitirlo (por ejemplo, la compraventa de un determinado inmueble) estarían protegidos por esta regla.

En el caso de los bienes muebles, el párrafo 1º del artículo 464 CC, dispone que «La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiere perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea». La equivalencia de la posesión al título se

Científicas, Junta de Estudios Económicos y Jurídicos y Sociales, Madrid, 1972; y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «De la prescripción del dominio y demás derechos reales. Comentario a los artículos 1.940 a 1.960 del Código Civil», ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1º, Madrid, 1993), pero en los últimos tiempos se están abordando desde el punto de vista de la nulidad (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, distingue entre «venta de cosa adquirida en virtud de contrato nulo o anulable y venta de cosa ajena», «transmisión de la posesión en virtud de título nulo: adquisición de la propiedad por usucapión y obligación de restitución» y «título anulable y usucapión»; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 277 y ss.; e YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», pp. 548 y ss.).

⁴⁹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, vol. III, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 280-288.

interpreta de tres formas distintas: 1º) como presunción de título *ad usucapionem*; 2º) como adquisición a *non domino*; y 3º) como presunción de dominio.

La primera tesis (tesis romanista) sostiene que el título no es sinónimo de propiedad. No se adquiere la propiedad con la posesión de buena fe, puesto que de ser así no tendría razón de ser la usucapión de los muebles. El artículo 464 CC se presenta como una disposición complementaria del régimen de usucapión ordinaria de cosas muebles (artículo 1955.1 CC); el significado de «título» no es otro que el del artículo 1952 CC («el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate»).

La segunda tesis (tesis germanista), considera que la equivalencia entre la posesión adquirida de buena fe y el título da lugar a que el poseedor adquiera la propiedad aunque el transmitente no sea el dueño, salvo que la cosa se hubiese perdido o sustraído (hurto o robo). La aplicación del artículo 1955 CC (usucapión ordinaria) entraría en juego cuando el propietario pierde o se ve privado ilegalmente de la cosa mueble (supuesto en el que no opera la adquisición *a non domino*), en cuyo caso no habrá adquisición de la propiedad por el poseedor de buena fe, pero sí se podrá adquirir por usucapión. Esta parece ser la tesis que ha adoptado la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria en los últimos años⁴⁹⁴ y a ella nos acogemos.

Finalmente, los defensores de la tercera tesis consideran que la regla 1ª del párrafo 1º del artículo 464 CC establece una presunción de propiedad a favor del poseedor de buena fe frente al *verus dominus*. Para que triunfe la acción reivindicatoria de este último deberá demostrar que no concurren las condiciones para que obre la presunción, esto es: la mala fe del poseedor; o que perdió la cosa o fue privado ilegalmente de ella. En estos casos, también habría posibilidad de adquirir la cosa por usucapión.

Estas reglas se simplifican en el ámbito mercantil⁴⁹⁵, puesto que el artículo 85 C. de Co. (en relación con el párrafo final del artículo 464 CC) dispone que «la compra de

⁴⁹⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 184-185; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 154.

⁴⁹⁵ Sobre el concepto de Derecho Mercantil (o delimitación de la mercantilidad), vid., entre otros ALONSO UREBA, Alberto, *Elementos de Derecho Mercantil, I, Introducción (concepto, método y sistema)*, Albacete, 1989, en p. 86; BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 40-64, en particular, en p. 55; GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Derecho Mercantil de obligaciones*, p. 482; GIRÓN TENA, José, *Apuntes de Derecho Mercantil Iº*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1976; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 18ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 59-63. Este concepto se actualiza en el artículo 001 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALCM). OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 11-26, comenta el ámbito objetivo y subjetivo de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (PCM) que precede al ALCM y, en lo esencial, contempla las mismas reglas.

mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente». De este modo se protege especialmente a todos aquellos que adquieren mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público.

El propietario de los objetos vendidos no podrá reclamar a los compradores de las mercaderías, sino al vendedor, en los términos previstos en el artículo 1307 CC. La adquisición *a non domino* de bienes muebles incide de forma notable en los contratos derivados de un negocio nulo. Toda vez que estos contratos suelen celebrarse en la tienda o en el almacén de la parte que recibió la cosa en virtud del negocio prohibido, lo más normal es que los terceros tengan una posición inatacable.

2. La usucapión

La usucapión es otra forma de adquisición de la propiedad que habrá que tener en cuenta cuando se ejercite la acción restitutoria derivada de la nulidad de un negocio prohibido (y, en su caso, la acción reivindicatoria). El sujeto que recibe una cosa en virtud de un negocio nulo no adquiere la propiedad (el título no es válido para ello). No obstante, puede llegar a adquirirla como consecuencia del tiempo, por usucapión.

La usucapión o prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio y los derechos reales⁴⁹⁶. Se produce cuando se posee una cosa que está «en el comercio de los hombres»⁴⁹⁷ durante un tiempo determinado cumpliendo una serie de requisitos legales que varían en función de si en él concurre buena fe (artículo 1950 CC) y justo título (artículo 1952 CC); o de si está poseyendo bienes muebles o inmuebles. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, «sirve a la seguridad del derecho y sin ella nadie estaría a cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas»⁴⁹⁸.

La posesión de la cosa («señorío de hecho ejercido sobre una cosa, prescindiendo de si existe un título en el poseedor del que emane su derecho a aquella

⁴⁹⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 124-125: «el artículo 1955, con respecto a los bienes muebles, habla sólo de la usucapión del dominio, mientras que los artículos 1957 y 1959, referidos a los inmuebles, hablan del dominio y derechos reales».

⁴⁹⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1936 CC, «son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres». DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 125: «La comercialidad significa en términos generales posibilidad legal de que una cosa sea objeto de tráfico o comercio jurídico, bien por su naturaleza o por su función económico-social, bien por la ley».

⁴⁹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 126.

posesión, o que tal poseedor crea que existe»⁴⁹⁹ por parte del usucapiente opera como presupuesto de la usucapión y deberá ser «en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida» (artículo 1941 CC).

En este sentido, el artículo 432 CC establece que «la posesión de los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona». Si nos fijamos en la posesión de las cosas, este precepto viene a decir que «es poseedor únicamente quien posee como dueño, y los demás que eventualmente pudieran tener poderes sobre la cosa para conservarla o disfrutarla (el usufructuario, el arrendatario, el depositario, etc.) son meros tenedores de la misma». Sin embargo, toda vez que los derechos reales son susceptibles de usucapión (artículo 447 CC), la distinción es infecunda puesto que los meros tenedores de la cosa que la poseen en concepto distinto de dueño adquieren como éste. Además, poseedores y tenedores están protegidos por las acciones posesorias. Nuestro Código ha situado en el mismo plano la posesión de cosas y la de derecho, de modo que puede haber un poseedor que lo sea a la vez en concepto de dueño (del derecho) y de no dueño (de la cosa)⁵⁰⁰.

Asimismo, el artículo 1943 CC señala que «la posesión se interrumpe, para los efectos de la prescripción, natural o civilmente». La interrupción natural se produce, según el artículo 1944 CC «cuando por cualquier causa se cesa en ella por más de un año». La interrupción civil se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1945 CC, «por la citación judicial hecha al poseedor, aunque sea por mandato de Juez incompetente». Además, el artículo 1947 CC incluye entre los supuestos de interrupción civil el acto de conciliación, siempre que «dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada». Finalmente, el artículo 1948 CC reconoce la «interrupción de la posesión» en virtud «de cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciere del derecho del dueño». La interrupción de la usucapión no excluye que el poseedor pueda comenzar a usucapir de nuevo⁵⁰¹.

La mayor o menor duración de la posesión depende de si concurre buena fe en la adquisición y justo título (usucapión ordinaria) o no (usucapión extraordinaria); y de si se refiere a bienes muebles (usucapión mobiliaria) o inmuebles (usucapión inmobiliaria).

⁴⁹⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 99.

⁵⁰⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 95 y ss.

⁵⁰¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 126-127.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1940 CC: «para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley». A estos efectos, se entiende por justo título, conforme al artículo 1952 «el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate»; y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1950 CC: «La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podría transmitir su dominio». El artículo 1951 CC añade con respecto a este segundo requisito que «Las condiciones de buena fe exigidas para la posesión en los artículos 433, 434, 435 y 436 de este Código son igualmente necesarias para la determinación de aquel requisito en la prescripción del dominio y demás derechos reales». En este sentido, el artículo 433 CC «reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalida» y «poseedor de mala fe» al que se halla en caso contrario⁵⁰². Esta prescripción ordinaria –o usucapión ordinaria- puede afectar a bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso, el artículo 1955 CC dispone que «[E]l dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe», silenciando –aparentemente- el requisito del justo título. No obstante, el artículo 1955 CC se interpreta por nuestra doctrina en función del artículo 464 CC, conforme el cual «la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título»⁵⁰³, por lo que el justo título estaría implícito. Desde una perspectiva germanista –a la que nos adherimos- el artículo 464 CC tiene dos funciones: 1º) suplir al título a efectos de usucapión ordinaria de muebles en las relaciones *inter partes* y en aquellos supuestos en que los terceros no pueden adquirir a *non domino* porque la posesión precedente suponía pérdida o privación ilegal para el propietario; y 2º) justificar –cuando proceda- la adquisición a *non domino* de estos bienes a favor de los terceros adquirentes de buena fe.

En el segundo caso, «[El] dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título» (artículo 1957 CC). En principio, quien adquiere un bien inmueble en virtud de un contrato nulo debe completar los plazos de la usucapión extraordinaria para convertirse en propietario aunque tenga buena fe, puesto que su título no es válido. De hecho, si conocía la nulidad del título, también carecerá de buena fe. El artículo 35 LH dispone que «A los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito, será justo título la inscripción». Este precepto ha llevado a algunos autores a equiparar la inscripción al justo título. Se considera que si la inscripción no ha sido cancelada durante el tiempo de la usucapión ordinaria, producirá

⁵⁰² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 130.

⁵⁰³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 184-185.

los mismos efectos que el justo título⁵⁰⁴. Otros autores rechazan este planteamiento argumentando que la usucapión ordinaria está llamada a subsanar la falta de titularidad del causante pero no los vicios del título; el título nulo no deja de serlo por el hecho de la inscripción; la inscripción no es más que una presunción *iuris tantum* de justo título de usucapión⁵⁰⁵.

La usucapión extraordinaria, sin buena fe ni justo título supone un aumento del plazo de posesión de los bienes muebles e inmuebles. En el primer caso, el dominio de las cosas muebles se prescribe «por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ningún otro requisito» (la posesión de tres años prevista para la usucapión ordinaria pasa a ser de seis años en la extraordinaria). En segundo lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1959 CC, «se prescriben el dominio y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, salvo la excepción determinada en el artículo 539» (se establece un periodo de posesión de treinta años, veinte años superior al previsto en la usucapión inmobiliaria ordinaria entre presentes).

3. La acción reivindicatoria

El sujeto que transmite la posesión de una cosa en virtud de un negocio prohibido no pierde la propiedad que ostentaba. El adquirente no se convierte en propietario y el título nulo no justifica la posesión. De ahí que, además de la acción restitutoria derivada de la nulidad (acción personal), también pueda ejercitarse la acción reivindicatoria prevista en el artículo 348.2 CC («el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla») para defender el derecho a poseer en forma inmediata que, en principio, tiene todo propietario.

La acción reivindicatoria es una acción real (derivada de un derecho real), ejercitable *erga omnes*, que persigue la declaración de la titularidad dominical y la

⁵⁰⁴ ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, t. II, 7ª ed., Barcelona, 1979, pp. 12-17. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La inscripción en el Registro como justo título a efecto de usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV, 1992, pp. 5-35, en p. 29, considera que la inscripción es título mientras dure «pudiendo ser atacado el título material que recoge la inscripción y por razón de él cancelarse ésta, la invalidación del título material repercutirá en la destrucción del título formal que la inscripción es mientras subsiste». Citados por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 185-191.

⁵⁰⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario de Derecho de la Competencia*, t. XXIV, 1971, pp. 1129-1130; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 186. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ª ed., señala que «la inscripción fundada en un acto o contrato nulo no implicaría, por virtud del artículo 35 L.H., que se tiene título para la usucapión, lo que contravendría además la exigencia del título verdadero y válido para la usucapión ordinaria que exige inexcusablemente el artículo 1.953 C.c.».

recuperación efectiva de la cosa⁵⁰⁶. Para su ejercicio deben cumplirse tres requisitos: 1º) dominio del actor (que debe ser propietario o dueño de la cosa no poseedor); 2º) posesión de la cosa por el demandado; y 3º) identificación de la misma⁵⁰⁷. Lo primero que habrá que hacer para recuperar la cosa por medio de la acción reivindicatoria será, por tanto, probar el dominio del actor por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

El inicio de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ha dado lugar a distintas teorías. Con carácter general, se considera que la acción no puede extinguirse sin que nadie llegue a adquirir por usucapión⁵⁰⁸. El inicio de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria no se produciría por la pérdida de la posesión del dueño, sino por el comienzo de la posesión a efecto de usucapión por otra persona (artículo 1969 CC)⁵⁰⁹. Aunque un sector de la doctrina sostiene que esta acción prescribe en los términos previstos en el artículo 1930.2 CC, por lo que –con independencia de la usucapión– resultarían aplicables los artículos 1962 y 1963 CC, relativos a la prescripción extintiva de las acciones reales⁵¹⁰, entendemos que –sin perjuicio de la nítida distinción que debe trazarse entre usucapión y prescripción extintiva– una vez prescrita la acción reivindicatoria se extingue el dominio sin que sea posible desligar la prescripción de la usucapión⁵¹¹.

La acción declarativa de la nulidad del negocio jurídico puede servir para probar el dominio del actor. El actor puede ejercitar la acción reivindicatoria una vez obtenida declaración de ineficacia del negocio prohibido. El éxito de la reivindicación dará lugar a una sentencia de condena contra el demandado, que tendrá que restituir la cosa

⁵⁰⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, define la reivindicatoria a partir de estos dos órdenes de cuestiones. Cita, entre otros, a MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, t. III, p. 186; MONTES, *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, p. 270; y LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. 1, p. 97, que afirman que la acción reivindicatoria es una acción recuperatoria de la posesión, que casi siempre da lugar a que el reivindicante pida la declaración de su derecho.

⁵⁰⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 174 y ss.

⁵⁰⁸ Entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 249, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 159-162; PUIG BRUTAU, José, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 108-109; y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, p. 53, sostienen que la acción reivindicatoria no prescribe en tanto el poseedor demandado no haya completado los requisitos necesarios para consumar la usucapión. En esta línea, DE PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 29-30, considera que la prescripción de la acción reivindicatoria es correlativa a la usucapión extraordinaria del dominio.

⁵⁰⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción en el Código Civil*, pp. 159-162.

⁵¹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, «La prescripción de la acción reivindicatoria», sostiene este planteamiento. Mantiene esta tesis o al menos no la excluyen, entre otros, LACRUZ BERDEJO, DE CASTRO Y BRAVO, y CASTÁN TOBEÑAS, entre otros.

⁵¹¹ Sobre la relación entre la prescripción extintiva y la usucapión, vid., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La prescripción extintiva*, Thomson civitas, Madrid, 2003, pp. 53-66. En Italia, vid. AURICCHIO, Alberto, *Apunti sulla prescrizione*, Nápoles, 1971, p. 34.

reclamada. Esto no significa que la acción restitutoria y la reivindicatoria sean alternativas. Sólo puede hablarse de alternatividad cuando ambas resulten adecuadas al caso y afecten a los mismos sujetos, lo que no ocurre cuando la cosa se ha transmitido a un tercero que no fue parte en el contrato nulo⁵¹². En este último caso el propietario de la cosa podrá: 1º) ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercero, salvo que la haya adquirido de forma irrevindicable; y/o 2º) servirse de la regla prevista en el artículo 1307 CC (o en su caso al 1987 CC) para obtener la restitución del sujeto que transmitió la cosa al tercero.

La nulidad de los negocios prohibidos puede dar lugar a distintas situaciones. Nosotros nos vamos a ocupar: 1º) de la venta nula, que se produce cuando un sujeto entrega una cosa a otro en virtud de un negocio nulo; y 2º) la venta de cosa adquirida en virtud de contrato nulo, cuando el sujeto que recibe la cosa como consecuencia del contrato nulo la enajena a un tercero (contrato derivado)⁵¹³.

II. La venta nula: negocios prohibidos

Cuando un sujeto entrega una cosa a otro en virtud de un negocio prohibido puede pedir la restitución de lo que entregó, en los términos previstos en el artículo 1303 CC y/o reivindicar la cosa. En este tipo de negocios jurídicos se plantea cuál es la relación entre la acción restitutoria, la reivindicatoria y la prescripción adquisitiva.

1. Acción restitutoria y acción reivindicatoria

La recuperación de la cosa por medio de la acción reivindicatoria requiere probar el dominio del actor por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. La acción declarativa de la nulidad del negocio prohibido es el principal medio de prueba del que puede servirse el propietario para reivindicar la cosa y opera como presupuesto de la acción restitutoria. Por lo tanto, el propietario de la cosa que participó en la venta nula podría ejercitar la acción restitutoria y la reivindicatoria.

⁵¹² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 243.

⁵¹³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, que distingue entre la venta de cosa adquirida en virtud de contrato nulo o anulable y la venta de cosa ajena

2. La oponibilidad de la usucapión a la acción restitutoria

La acción de restitución derivada de la nulidad de un negocio prohibido pretende devolver las cosas a su estado inicial. Cuando esto no es posible porque la cosa ha sido usucapida, se plantean dos tesis alternativas: 1º) afirmar la prevalencia del derecho real adquirido frente al derecho de crédito que supone la restitución, de forma que la usucapión podría oponerse a la restitución; y 2º) oponer la usucapión a la acción reivindicatoria del derecho real de propiedad y mantener viva la acción restitutoria que deriva de la nulidad del negocio hasta que se produzca su prescripción.

Los defensores de la primera tesis, sostienen que el derecho real adquirido por usucapión prevalece frente al derecho de crédito restitutorio. Se afirma que «La acción restitutoria permitirá una readquisición del bien cuando la propiedad del demandado esté basada exclusivamente en el contrato y la entrega; pero si se ha consumado la usucapión, tal propiedad, basada en la usucapión, puede oponerse, evidentemente, frente a un derecho de crédito que sólo autoriza a desmontar los efectos indebidamente producidos por el contrato, y ello porque tal propiedad ya no es efecto del contrato»⁵¹⁴.

Si la acción restitutoria no ha prescrito y el *accipiens* ha poseído de buena fe, en concepto de dueño, durante el tiempo necesario para la usucapión ordinaria, se diferencian dos supuestos: 1º) si se trata de inmuebles, la nulidad del contrato hará decaer el presupuesto del justo título válido para la usucapión, por lo que se podrá recuperar la cosa por la acción restitutoria o por la reivindicatoria; y 2º) si se trata de muebles, la buena fe del *accipiens* –que equivale al título- le permitirá oponer su adquisición por usucapión a la acción reivindicatoria del *verus dominus*, pero esta usucapión no prevalecería frente a la acción restitutoria.

Si la acción restitutoria no ha prescrito y el *accipiens* ha poseído de buena fe, en concepto de dueño, por el tiempo necesario para la usucapión extraordinaria, se considera que el derecho real de propiedad adquirido por la posesión continuada en concepto de dueño puede oponerse a todos, incluido el *tradens*. En este sentido, se

⁵¹⁴ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 297-298 y 363, señala, dando la vuelta al argumento, que «si admitiéramos la procedencia de la restitución en tales casos, después habría que facultar al usucapiente a ejercitar una acción reivindicatoria, porque es el propietario, y «no hay razón para perder este derecho real por la existencia de un derecho de crédito de otro». Concluye que tal vez sea este el motivo por el que el Código Civil italiano establece en su artículo 1422 que «*L'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi i effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione*». Para este autor «El transcurso del plazo necesario para la usucapión a favor del adquirente en virtud del contrato nulo, si es más breve que el propio de la acción de nulidad (o la de restitución), habrá consolidado la adquisición, que quedará inmune no sólo respecto de la acción real reivindicatoria, sino también respecto de la restitución derivada de la nulidad». PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 244.

argumenta: «supongamos que el *tradens* no era dueño de la cosa enajenada a través del contrato nulo (nulo, obviamente, por causa distinta a la falta de legitimación), ello no le impide ejercitar la acción restitutoria, que es la directamente pensada por el legislador para los casos de nulidad; pero supongamos que el *accipiens*, después de ese contrato, compró la cosa mediante contrato válido celebrado con el *verus dominus*: ¿no podría en tal caso oponer a la acción restitutoria el derecho de propiedad adquirido sobre la cosa, con eficacia *erga omnes*, por virtud de un título adquisitivo posterior al contrato nulo? Pues si puede oponer esa adquisición, ¿por qué no va a poder oponer otro título adquisitivo, como es la usucapión extraordinaria?»⁵¹⁵.

La usucapión daría lugar a la adquisición del dominio y/o de los derechos reales usucapidos⁵¹⁶, de modo que el usucapiente podría hacerlos valer por vía de acción o de excepción; e incluso podrá renunciar a la usucapión ganada (de forma expresa o táctica)⁵¹⁷. En esta línea, un sector de la doctrina niega que opere entre las partes la usucapión ordinaria (requiere título), pero admite el juego de la usucapión extraordinaria que, en su opinión, es oponible *erga omnes* por basarse sólo en la posesión⁵¹⁸. Aunque la jurisprudencia ha negado en algunas ocasiones que quien posee en virtud de título nulo pueda adquirir por usucapión extraordinaria con el argumento de que falta la posesión a título de dueño⁵¹⁹, este planteamiento no parece admisible puesto que la posesión de mala fe no equivale a posesión en concepto distinto de dueño⁵²⁰. Además, equivaldría a afirmar la imprescriptibilidad de la acción de restitución cuando el contrato es nulo.

La alternativa a esta tesis pasa por considerar que la usucapión se puede oponer a la acción reivindicatoria pero no a la restitutoria. Se considera que si se ha consumado la usucapión y no ha prescrito la acción de nulidad (por ejemplo, usucapión de bienes muebles), el adquirente podrá oponer la usucapión a la acción reivindicatoria (mientras no aparezcan terceros protegidos), pero no a la restitutoria (aún en vigor), «pues no hay razón para perder este derecho de crédito por la usucapión de la cosa por otro»; «la

⁵¹⁵ PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 245.

⁵¹⁶ Vid., por todos, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 133.

⁵¹⁷ La renuncia tácita «resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido», según se prevé en el artículo 1935 CC.

⁵¹⁸ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 709, también se muestra favorable a la usucapión «porque conviene dejar el menor espacio posible a la diversidad de resultados en función del *nomen iuris* que se dé a la acción ejercitada (restitución por nulidad o reivindicatoria)». LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 175, considera que la posibilidad de usucapir es innegable a efectos de la usucapión extraordinaria. Vid. también PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, p. 298, nota a pie de p. 84. En el artículo 1422 del Código Civil italiano se afirma que la acción para solicitar la declaración de nulidad no está sujeta a prescripción, salvo los efectos de la usucapión y de la prescripción de la acción de repetición.

⁵¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», p. 595.

⁵²⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 204.

usucapión no está llamada a enmendar los defectos del título sino la falta de titularidad del transmitente»⁵²¹. En esta misma dirección, se argumenta que «la usucapión no tiende a sanar las posibles deficiencias de nulidad (radical o anulabilidad) de que adolezca el título, sino en cualquier caso, la falta de propiedad de quien transmitió la posesión de la cosa en virtud del mismo»⁵²². La acción de restitución puede ejercitarse mientras no haya transcurrido su plazo de prescripción, sin que pueda invocarse la usucapión ordinaria ni la extraordinaria. Las consecuencias de la nulidad del negocio deben prevalecer frente a la usucapión. La acción de restitución constituye un régimen especial para los casos de ineficacia contractual que se basa en la reciprocidad y permite que el obligado a restituir recupere, a su vez, lo que entregó⁵²³.

Por nuestra parte, entendemos que la acción restitutoria y la reivindicatoria atienden a intereses distintos. Podrá ejercitarse la acción reivindicatoria hasta que finalice el plazo para adquirir la propiedad por usucapión; y la restitutoria mientras que no transcurra el plazo de prescripción de quince años previsto en el artículo 1964 CC. Lo que sucede es que si una de las partes ha adquirido la cosa por usucapión extraordinaria la restitución debería ser por valor.

3. El posible ejercicio de la acción reivindicatoria una vez prescrita la acción de restitución sin que se haya producido la usucapión extraordinaria

La finalización del plazo para el ejercicio de la acción restitutoria (plazo de quince años) sin que haya transcurrido el plazo para adquirir por usucapión posibilitaría –en principio– el ejercicio de la acción reivindicatoria. No obstante, la doctrina no es unánime en cuanto al empleo de esta última una vez finalizado el plazo para el ejercicio de la acción de restitución.

A favor se indica que los presupuestos de la acción reivindicatoria (que el demandante sea propietario y no haya dejado de serlo) son distintos de los de la acción de restitución, por lo que no hay razón para negarle al propietario la posibilidad de reivindicar⁵²⁴. El vendedor dueño de la cosa que la ha entregado en virtud de un negocio nulo puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a su contraparte. En el caso de los bienes muebles, los plazos de usucapión son de tres a seis años (artículo 1955 CC), más breves que el correspondiente a la acción de restitución en caso de nulidad absoluta

⁵²¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 200 y ss. y 278 y ss.

⁵²² DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 246.

⁵²³ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 247-248.

⁵²⁴ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 251-253; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 282.

(quince años), por lo que no cabría la reivindicatoria (sólo sería posible en el caso de la acción de restitución derivada de la anulabilidad de un contrato, que prescribe en el plazo de cuatro años). Ahora bien, si en virtud de un negocio nulo su dueño entrega la posesión de un inmueble a la otra parte, el poseedor no llegaría a adquirir la propiedad hasta que no transcurran treinta años, por lo que podría abrirse la puerta a la reivindicatoria. Algunos autores consideran que esta circunstancia es difícil de comprender puesto que implica que «quien enajena un inmueble de su propiedad mediante un contrato nulo dispone de treinta años para recuperarlo, y sin embargo el adquirente a título oneroso a virtud de ese mismo contrato dispone únicamente de quince años para recuperar el precio que pagó, cuando para uno y para otro todo dependerá de si logran o no acreditar la causa de nulidad del contrato para desmontar sus efectos»⁵²⁵.

En contra de la reivindicatoria, se argumenta que entre las partes debe darse preferencia a la acción personal derivada del contrato nulo frente a la reivindicatoria, de modo que, prescrita la primera, no cabría interponer la segunda. En esta línea, encontramos dos tesis que varían en cuanto a su enfoque: una parte del carácter prescriptible de la nulidad y otra de su imprescriptibilidad. En el primer caso, se razona que una vez prescrita la acción de nulidad (asimilando la nulidad y la restitución) no puede ejercitarse la reivindicatoria porque el contrato en cuestión será válido y eficaz (transmisión inatacable)⁵²⁶ salvo que el sujeto que reivindica la cosa no haya sido parte en el contrato cuya nulidad se pide y, por tanto, no exista una acción personal⁵²⁷. En el segundo, se considera que no debe admitirse el ejercicio de la acción reivindicatoria una vez prescrita la acción de restitución para «dejar el menor margen posible a la diversidad de resultados en función del *nomen iuris* que se le dé a la acción ejercitada (restitución por nulidad o reivindicatoria), máxime cuando se trata de materia dudosa»⁵²⁸.

La elección de uno u otro planteamiento puede tener importantes efectos cuando se lleve a cabo un negocio coligado prohibido que incluya la transmisión de un bien inmueble. Si se admite que una vez prescrita la acción restitutoria es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria con respecto a los inmuebles que no se hayan adquirido por prescripción extraordinaria se estaría permitiendo que una parte se enriquezca a costa de la otra: la parte que reivindica recupera lo que entregó sin restituir nada a cambio, por lo que se estaría produciendo un enriquecimiento injusto. Por este motivo, debe entenderse que una vez prescrita la acción restitutoria no procede el ejercicio de la reivindicatoria salvo que el sujeto que reivindica la cosa no haya sido parte en el negocio cuya nulidad

⁵²⁵ PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 244.

⁵²⁶ PASQUAU LIAÑO, «La acción de nulidad sí prescribe», p. 243.

⁵²⁷ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, pp. 363 y 290.

⁵²⁸ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, p. 709.

se pide. En el resto de los casos, el transcurso del plazo de prescripción de quince años para pedir la restitución cerraría las puertas de la acción reivindicatoria.

III. La venta de cosa adquirida en virtud de un negocio nulo: contratos derivados

El sujeto que vende una cosa recibida en virtud de un negocio nulo, vende una cosa ajena: no puede transmitir un derecho del que carece y que sigue correspondiendo al vendedor. El tercero que adquiere la cosa por medio de un nuevo contrato lo hace de quien no tiene la propiedad y, por tanto, no se convierte en propietario salvo que se den los requisitos para que adquiera por usucapión o *a non domino*.

El vendedor no puede pedir la restitución *in natura* al sujeto que compró la cosa en virtud del negocio nulo, puesto que ésta ya no obra en su poder. Sus opciones pasan por: 1º ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercero (siempre que el tercero no la haya adquirido por *a non domino* o por usucapión); 2º pedir la restitución por equivalente al revendedor, en los términos previstos en el artículo 1307 CC; o 3º acumular ambas acciones para cobrar al cocontratante de mala fe -e incluso de buena fe- frutos e intereses que el tercero, si es poseedor de buena fe, no estaría obligado a abonar⁵²⁹.

La venta de cosa adquirida en virtud de un negocio prohibido es un supuesto distinto de la venta de cosa ajena que resulte nula. La diferencia está en la posición que ocupan las partes en cada una de estas operaciones: en la venta de cosa adquirida en virtud de un negocio prohibido, el propietario participa en el negocio prohibido; mientras que en la venta de cosa ajena que resulte nula, el propietario no participa en el negocio mismo.

El contrato que da lugar a la venta de cosa ajena no es nulo por el sólo hecho de ser otorgado por persona no propietaria del objeto que se vende⁵³⁰. Cuando la venta de cosa adquirida en virtud de un negocio nulo es a su vez nula, cambia la posición jurídica del tercer adquirente. El estudio de las relaciones jurídicas entre las partes que llevan a cabo un contrato derivado de un negocio prohibido (nulo) responde al siguiente esquema: 1º relaciones entre las partes que suscribieron el negocio prohibido; 2º relación entre el propietario de la cosa y el poseedor en virtud del contrato derivado.

⁵²⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 153; y DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, pp. 278-279.

⁵³⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, pp. 155-172; y MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La posesión de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1979, p. 357.

1. La relación entre las partes que suscribieron el negocio prohibido

En la venta de cosa adquirida en virtud de un negocio prohibido (nulo), ninguna de las partes que llevó a cabo la operación tiene la cosa a su disposición. El vendedor no puede pedir la restitución *in natura* al sujeto que compró la cosa en virtud del negocio prohibido puesto que ésta obra en manos de un tercero (con el que se ha llevado a cabo un contrato derivado). Lo que sí que puede hacer es pedir la restitución por equivalente al revendedor, en los términos previstos en el artículo 1307 CC.

Con independencia de que pueda o no reivindicarse la cosa al tercero, el sujeto que la vendió en virtud del negocio prohibido podrá pedir al cocontrante de mala fe la restitución de «los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses de la misma fecha» (artículo 1307 CC)⁵³¹.

2. La relación entre las partes que llevaron a cabo el contrato derivado

Cuando la cosa entregada en virtud de un negocio nulo acabe en manos de un tercero, habrá que ver si éste ha adquirido a título oneroso, de buena fe y con los demás requisitos que justifican las adquisiciones *a non domino*, de conformidad con lo establecido en los artículos 34 LH (para inmuebles) y 464 CC (para muebles); o si se ha producido la prescripción de derecho prevista en el artículo 85 C. de Co. para la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público. En estos casos, su posición sería inatacable.

Si el tercero no ha adquirido *a non domino*, la relación entre las partes que llevaron a cabo el contrato derivado nos sitúa ante dos posibles escenarios: 1º) puede que el contrato derivado sea válido; o 2º) puede que no lo sea. En el primer caso, el sujeto que entregó la cosa a su actual poseedor no podrá ejercitar la acción restitutoria. Sin embargo, en el segundo supuesto sí podría.

Si el contrato derivado es válido, el tercero subadquirente recibe la cosa de un no propietario y, en consecuencia, sin eficacia traslativa de la propiedad. El revendedor (primer adquirente) no podrá ejercitar la acción restitutoria (el negocio suscrito entre ellos es válido) ni la reivindicatoria frente al tercero subadquirente (no puede reivindicar una propiedad que no le pertenece). El único sujeto que podría hacer valer la nulidad del

⁵³¹ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 275.

contrato frente a este último sería el propietario (primer vendedor) que se la vendió al revendedor (en virtud de un negocio prohibido), por medio de la acción reivindicatoria.

Si el contrato derivado es nulo, el revendedor podrá ejercitar la acción restitutoria (artículo 1303 CC) frente al tercero subadquirente. No obstante, hay que tener en cuenta que la invalidez de los contratos derivados puede conducir a la aplicación de la LCGC y el TRLGDCU, que da preferencia a la ineficacia parcial frente a la total, de modo que cuando sea posible la nulidad no supondrá la ineficacia total del negocio y la restitución de lo entregado.

En el hipotético caso de que la parte que recibió la cosa en virtud del negocio nulo (revendedor) la hubiese adquirido por usucapión, el tercero que la adquiere con posterioridad como consecuencia del contrato derivado lo haría de un verdadero dueño. El anterior propietario de la cosa (primer vendedor) no podría ejercitar en ningún caso la acción reivindicatoria frente al tercero. Si el contrato derivado es válido, el tercero habrá adquirido de forma irreivindicable. Si por el contrario, el contrato derivado fuese inválido, la restitución se regiría por las reglas previstas en los artículos 1303 y ss. CC.

3. La relación entre el propietario y el poseedor de la cosa

El propietario de la cosa podría ejercitar la acción reivindicatoria frente al poseedor que la recibió de quien no era propietario siempre que éste no haya adquirido de forma irreivindicable. Esto es, salvo que el tercero esté protegido registralmente, en los términos previstos en el artículo 34 LH para bienes inmuebles; haya adquirido a *non domino*, en el caso de los bienes muebles (artículo 464 CC); se haya producido la prescripción de derecho prevista en el artículo 85 C. de Co.; u opere la usucapión.

En el primer caso, como indicamos más arriba el artículo 34 LH protege al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, manteniéndole en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho «aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». En este precepto se presume la buena fe del tercero mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Aunque sólo se menciona la nulidad y la resolución del derecho, la doctrina extiende su ámbito de aplicación a las acciones rescisorias y revocatorias, en los términos previstos en el artículo 37 LH⁵³².

⁵³² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 280-288.

Por otra parte, el artículo 464 CC excluye la reivindicación de bienes muebles cuando ésta se dirige contra un poseedor que ha adquirido de buena fe, siempre que el propietario de la cosa no la haya perdido (pérdida por parte del propietario y no del obligado a restituir) o se haya visto privado de ella ilegalmente. Como hemos visto, la adquisición derivativa a título de dueño necesita apoyarse en un negocio jurídico apto para la transmisión en nuestro sistema (doctrina del título y el modo). El artículo 464 CC presupone la existencia de este título al exigir la buena fe en la adquisición; y la adquisición de la cosa a título oneroso (un sector de nuestra doctrina sostiene que el título gratuito no merece protección frente al *verus dominus* que reivindica)⁵³³. El propietario no puede reivindicar la cosa al tercero de buena fe que la ha adquirido *a non domino*.

Aunque el tercero no adquiriera *a non domino*, podrá hacerlo por prescripción adquisitiva de bienes muebles (artículo 1955 CC), diferenciándose dos supuestos, en función de la buena o mala fe del poseedor. Cuando el poseedor no es de buena fe, queda sujeto a la reivindicación del propietario, que podrá ejercitar esta acción en el plazo de seis años (artículo 1962 CC). El poseedor puede alegar en su defensa la prescripción extintiva de la acción o la adquisición por usucapión extraordinaria, en el plazo de seis años (artículo 1955.2 CC), si se admite la independencia entre prescripción adquisitiva y usucapión. Cuando el poseedor es de buena fe, pero el propietario la había perdido o fue ilegalmente privado de ella, es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria en el plazo de seis años (artículo 1962 CC). Sin embargo el poseedor demandado puede excepcionar la prescripción extintiva o que la ha adquirido por usucapión ordinaria, en el plazo de tres años (artículo 1955.1 CC), puesto que el artículo 464 CC hace equivalente al título la posesión de buena fe⁵³⁴.

Estas reglas se simplifican en el ámbito mercantil, puesto que el artículo 85 C. de Co. (en relación con el párrafo final del artículo 464 CC) dispone que «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente». El referido artículo reconoce la adquisición *a non domino* a favor del comprador que adquiere la cosa en «almacenes o tiendas abiertas al público», esto es, en los locales «que establezcan los comerciantes inscritos» (en los términos previstos en el propio Código) o en los «que establezcan los comerciantes no inscritos, siempre que los almacenes o tiendas permanezcan abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos, o se hayan anunciado por medio de rótulos, muestras o títulos en el local

⁵³³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, p. 189.

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, pp. 189-190.

mismo, o por avisos repartidos al público o insertos en los diarios de la localidad». La doctrina añade que la adquisición de la propiedad a *non domino* en almacenes o tiendas abiertas al público requiere que el comprador sea de buena fe (desconozca que el vendedor no es el verdadero propietario) y que el bien o mercancía sea un bien de venta usual o normal de acuerdo con la naturaleza del almacén o local en el que se ha vendido. Cuando se cumplan estos requisitos, el verdadero propietario no podrá reivindicar la cosa al tercer adquirente.

Si fuese posible ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercer adquirente, éste podría accionar contra su vendedor por evicción. Asimismo, el revendedor (comprador en el negocio nulo primitivo) podría dirigirse contra el primer vendedor (propietario) para exigirle la devolución del precio con sus intereses; y este último (vendedor en el negocio nulo primitivo) exigirle la devolución de los frutos y, si actuó con culpa o negligencia al vender el bien al tercero, una indemnización por los eventuales daños y perjuicios⁵³⁵.

Cuando el tercero ha ganado la propiedad, queda protegido de las consecuencias de la nulidad del título. El único remedio que tendrá el transmitente será ejercitar la acción restitutoria contra el otro contratante para que devuelva por equivalente (artículo 1307 CC).

IV. Las particularidades que presenta la causa torpe

Las reglas especiales en materia restitutoria que se derivan de la aplicación del artículo 1306 CC inciden directamente en el ámbito posesorio. La culpabilidad de una o ambas partes puede dar lugar a situaciones controvertidas que sólo se justifican si se atiende a la finalidad perseguida por la norma.

En primer lugar, cuando las dos partes actuaron de forma culpable y una de ellas recibe lo que le corresponde sin entregar lo acordado, el artículo 1306 CC parece premiar a uno de los sujetos culpables de la ilicitud causal⁵³⁶. La doctrina ha justificado este supuesto con distintos argumentos: 1º) se afirma que cuando ambos sujetos son culpables de la causa torpe, el negocio y los efectos del mismo deben quedar al margen de los Tribunales y del propio Ordenamiento jurídico; y 2º) que la separación entre el hecho posesorio y el título adquisitivo hace posible que la parte que ha recibido la cosa

⁵³⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual*, p. 154.

⁵³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, p. 306.

merezca beneficiarse de la tutela posesoria⁵³⁷. Ambos argumentos parecen bastante sólidos. La culpa con respecto a la ilicitud causal justifica la pérdida.

Algunos autores no creen que la entrega de los bienes entre las partes culpables de la ilicitud causal justifique la transmisión de la propiedad. *A priori* un contrato nulo con una causa torpe común a ambas partes no parece justificar la transmisión de la propiedad. De ahí que se señale que lo que se transmite es la posesión del bien; y que la propiedad se podría adquirir por usucapión. De acuerdo con este planteamiento, la propiedad no podría adquirirse por medio de usucapión ordinaria puesto que, además de acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica, e ininterrumpida, sería necesaria buena fe y justo título (verdadero, válido y probado); solo se podría adquirir por usucapión extraordinaria (seis años para bienes muebles; y treinta para inmuebles)⁵³⁸. Sin embargo, la agilidad del tráfico jurídico y la flexibilidad del artículo 1306.1 CC nos conducen a pensar que la adquisición de la propiedad se produce para evitar el fraude de ley.

Este primer escenario requiere también analizar las posibles acciones frente a terceros que adquieran la cosa. Algunos autores proponen el ejercicio de la acción reivindicatoria en aquellos casos en que a raíz de un negocio prohibido con causa torpe un sujeto entrega lo prometido y el otro no; y este último lleva a cabo un negocio con un tercero al que le transmite el bien objeto del anterior negocio nulo. La cuestión está en determinar si la prohibición afecta al sujeto o sujetos en los que concurre la causa torpe o si incide en el negocio: en el primer caso, el sujeto afectado por la torpeza no podría reclamar lo entregado al tercero; mientras que en el segundo caso, la regulación no podría sobrepasar los límites de los efectos *interpartes*. Algunos autores defienden esta última solución⁵³⁹, si bien habrá que tener en cuenta que lo normal es que el tercero haya adquirido a *non domino* o, en su caso, adquiera por usucapión. A nuestro parecer, la ratio del precepto impediría reclamar lo entregado al tercero.

Aunque en estos casos se podría considerar que la regla *nemo auditur* es incompatible con la teoría del enriquecimiento sin causa (una parte recibe una cosa sin entregar lo que le concierne), la *actio in rem verso* es subsidiaria (solo es posible su ejercicio cuando no haya otra alternativa), por lo que habrá que actuar siguiendo los mecanismos previstos para el ejercicio de la acción de restitutoria⁵⁴⁰.

⁵³⁷ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 381-382. En el Derecho alemán, FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, 1998, título original de la obra, FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlin Heidelberg New York, 1992, p. 472.

⁵³⁸ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 398-417.

⁵³⁹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 383-384.

⁵⁴⁰ CERDÁ OLMEDO, «Nemo auditur propiam turpitudinem allegans», p. 1197.

En segundo lugar, cuando la torpeza sólo afecta a una de las partes, ésta podrá reclamar lo dado sin la obligación de cumplir lo ofrecido; pero el sujeto en el que concurre la torpeza no puede repetir lo dado ni pedir el cumplimiento de lo ofrecido. Este escenario plantea varios interrogantes relacionados con las reglas de la posesión. ¿Significa esto que el sujeto extraño a la causa torpe adquiere la propiedad de las cosas o un derecho especial de retención? ¿Se puede oponer el culpable de la ilicitud causal al cumplimiento mediante excepción?

Con respecto a la primera pregunta, el artículo 1306.2 CC protege al sujeto extraño a la causa torpe facultándole para reclamar entregado y exceptuar el cumplimiento de su parte. Algunos autores consideran que esta regla no supone que se permita la retención legal o la adquisición de la propiedad de lo obtenido mediante el negocio prohibido con causa torpe: el artículo 1306.2 CC concede una serie de acciones al sujeto no culpable y priva de las mismas al culpable; pero no aclara si la parte no culpable tiene la obligación de devolver la cosa al parte culpable que no puede reclamarla⁵⁴¹. Aunque es cierto que este precepto no reconoce expresamente un derecho de retención o de propiedad, resulta evidente que ésta es la consecuencia subyacente. El artículo 1306 CC permite que la parte que actuó sin culpa se pueda quedar con lo que ha recibido sin que le puedan reclamar el cumplimiento de lo acordado. Se está intentando disuadir a los sujetos que, por su posición negocial, están en condiciones de imponer un negocio con causa inmoral.

En relación con la segunda cuestión cabe afirmar que la parte que no participa de la causa torpe no puede pedir el cumplimiento de lo que hubiera ofrecido aunque su reclamación se fundamente en el cumplimiento de un negocio nulo. De lo contrario se iría más allá del tenor literal del artículo 1306.2 CC y, en consecuencia, se estaría produciendo un enriquecimiento injusto de una de las partes («se obligaría con ello al traspaso posesorio del culpable al no culpable»)⁵⁴². El culpable de la ilicitud causal no puede oponerse a la reclamación de lo que haya recibido, pero puede negarse al cumplimiento de lo ofrecido mediante excepción.

⁵⁴¹ SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, pp. 388-389.

⁵⁴² SABORIDO SÁNCHEZ, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, p. 393.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

I. El fundamento y la finalidad de la responsabilidad civil: su relación con la nulidad y la restitución

La acción restitutoria y la acción de responsabilidad civil difieren en cuanto a su fundamento y su finalidad. El fundamento de la acción restitutoria se encuentra en el cumplimiento de una prestación en virtud de un negocio nulo; mientras que el de la acción de responsabilidad civil es la realización de una conducta antijurídica y dañosa - que no tiene porqué materializarse en un negocio nulo- imputable a uno o varios sujetos⁵⁴³. La finalidad de la acción restitutoria es el restablecimiento de la legalidad mediante la supresión de la situación ilícita; y la de la acción responsabilidad civil, la reparación del perjuicio sufrido mediante la supresión del desequilibrio causado a las partes⁵⁴⁴.

Esta divergencia en cuanto a su fundamento y finalidad explica su complementariedad. La restitución comprende la prestación cumplida o su valor, con exclusión de los gastos efectuados a raíz del negocio invalidado o del beneficio que se habría obtenido de un negocio similar realizado con un tercero y perdido a raíz de la celebración del negocio nulo; y la responsabilidad civil, la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses.

La complementariedad de estas acciones permite su acumulación e incluso su compensación⁵⁴⁵. El crédito derivado de la acción restitutoria puede acumularse al perjuicio que resulte del daño emergente y del lucro cesante. La compensación lleva implícita la reciprocidad de obligaciones líquidas y exigibles. Cabe compensar la deuda de la restitución del precio (a cargo del vendedor) y la de la restitución del valor de la cosa (a cargo del adquirente); y la deuda de restitución y la deuda derivada de la acción de responsabilidad civil.

La acción de responsabilidad civil puede tener el mismo ámbito subjetivo que la acción restitutoria. Ahora bien, también es posible y, de hecho, es muy habitual, que la responsabilidad civil afecte a terceros ajenos al negocio prohibido, sin legitimación activa para el ejercicio de la acción restitutoria. En estos casos, los terceros podrán pedir

⁵⁴³ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 774.

⁵⁴⁴ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, pp. 375-377.

⁵⁴⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 775.

que se declare la nulidad del acto o negocio (artículos 6.3 y 1255 CC) para ejercitar la acción de responsabilidad civil.

II. La naturaleza de la responsabilidad civil

La distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual no plantea demasiadas dificultades en el plano teórico. La primera tiene como presupuesto el incumplimiento o el cumplimiento inexacto o parcial de las obligaciones nacidas de un contrato; y la segunda, la mera causación de un daño sin necesidad de que medie una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, cuando el daño sea ajeno a la misma⁵⁴⁶.

La acción de responsabilidad civil contractual presupone la existencia de una relación contractual (válida) y la producción de un daño como consecuencia del «cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación se derivan, sean obligaciones expresamente pactadas o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe, o de los usos de los negocios»⁵⁴⁷. Por lo tanto, cuando un sujeto que ha participado en una conducta o negocio prohibido impone las condiciones derivadas del mismo (contrato derivado) a un tercero, el desequilibrio de las condiciones que se haya derivado de la conducta ilícita implica un incumplimiento de los deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos del comercio y constituyen un supuesto de dolo *in contrahendo*.

Aunque un sector de nuestra doctrina considera que en estos casos la responsabilidad es extracontractual, pues tendría un fundamento *ex lege* y no derivado del contrato⁵⁴⁸, cabe afirmar, en sentido contrario, la concurrencia de dos tipos de responsabilidades: 1º) la responsabilidad civil contractual del sujeto que ha realizado o ha participado en la conducta prohibida, con el que se ha llevado a cabo el contrato derivado (válido); y 2º) la responsabilidad civil extracontractual del resto de los sujetos que participaron en el negocio prohibido antecedente. Esta doble responsabilidad llevaría implícita la aplicación de dos regímenes jurídicos que, *a priori*, serían distintos en cuanto a la prueba de la culpa, el plazo y la capacidad del autor del daño.

Así, en primer lugar, de acuerdo con el criterio tradicional, el sujeto afectado por la conducta o el negocio prohibido no tendría que probar la culpa del deudor. Sería suficiente con que demostrase la ilicitud del negocio y su relación de causalidad con el

⁵⁴⁶ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 43.

⁵⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 231. Vid. también DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 544.

⁵⁴⁸ ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, p. 168; y PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, p. 216.

daño que se ha producido a una de las partes; la prueba de la ausencia de culpa recaería sobre el deudor (artículo 1101 CC y ss.). Sin embargo, en su relación con el resto de sujetos que participaron en la conducta prohibida antecedente tendría que acreditar que su conducta merecía la calificación de culpable o negligente (artículo 1902 CC y ss.). Esta distinción se ha ido atenuando con el paso de los años. Hoy en día se admite el criterio de inversión de la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad extracontractual y se cuestiona la existencia de una presunción de culpa en la responsabilidad contractual⁵⁴⁹. De hecho, se ha trasladado al ámbito extracontractual la regla prevista en el apartado 1º del artículo 1107 CC, que permite moderar la responsabilidad del deudor que incumple su obligación con base en una conducta culposa o negligente⁵⁵⁰. Toda vez que la carga de la prueba de la culpa dependería del supuesto de hecho concreto, esta primera diferencia sería cuanto menos cuestionable.

En segundo lugar, el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual frente al deudor sería de quince años (artículo 1964 CC), a diferencia de la prescripción anual prevista para las obligaciones derivadas de culpa o negligencia (artículo 1968.2 CC), con la precisión de que en este último supuesto se sitúa como momento inicial del cómputo del plazo de prescripción el conocimiento que haya podido tener la víctima de la existencia y entidad del daño⁵⁵¹. Esta discordancia se justificaría por el distinto grado de vinculación e información que pueden tener los afectados en función de la naturaleza de relación, si bien cabe entender que se podría armonizar perfectamente el plazo (por ejemplo, un plazo de cinco años desde que la víctima conozca la existencia y la entidad del daño).

En tercer lugar, estas acciones se distinguen en cuanto a la capacidad del autor del daño para asumir su responsabilidad. En el ámbito de la responsabilidad civil contractual, es necesaria la «capacidad de obrar del deudor», mientras que en la extracontractual, es suficiente con la «capacidad natural de discernimiento entre lo lícito y lo ilícito», criterio que se discute argumentando que la capacidad para contraer obligaciones contractuales no debe confundirse con la capacidad necesaria para incurrir en responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación válidamente contraída⁵⁵².

⁵⁴⁹ PUIG FERRIOL, Lluís Puig, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 887-909, en p. 890.

⁵⁵⁰ A favor de la extensión de esta regla, PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», p. 890. En contra, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1251-1274, en pp. 1251 y ss.

⁵⁵¹ PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», p. 890.

⁵⁵² PUIG FERRIOL, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», pp. 890-891. Con respecto a la impugnación de este criterio de distinción, cita a MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XIX, 1993, pp. 61 y ss.

A partir de las diferencias –cada vez menores- que existen entre estas acciones, su concurrencia se ha abordado desde distintas perspectivas. En primer lugar, existe una tendencia hacia la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual a partir del «principio de unidad de la culpa civil», que minimiza la importancia del compromiso que se deriva de las relaciones negociales. En segundo lugar se encuentran las corrientes favorables a la «redefinición de la responsabilidad contractual», que o bien amplían el ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual y engloban en ella los daños que se deriven de obligaciones extracontractuales previamente existentes, como si a ellas también les fuesen aplicables las normas del título general de las obligaciones, o bien restringen la órbita de la responsabilidad contractual a lo «expresamente pactado» para dar mayor cobertura a la extracontractual, ignorando que el artículo 1258 CC incluye dentro del ámbito contractual los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios. En tercer lugar, el llamado «sistema opcional» sostiene que cuando un hecho dañoso viola al mismo tiempo una obligación contractual y un deber general, pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente las acciones de responsabilidad civil contractual o extracontractual, sin tener en cuenta que el régimen contractual puede contener reglas de distribución de riesgos o daños específicas. Finalmente, las «fórmulas compendiosas» -utilizadas en algunas ocasiones por nuestra jurisprudencia- toman un poco de cada una de las anteriores y, en consecuencia, conducen a soluciones muy variadas y, en ocasiones, contradictorias⁵⁵³.

Desde una perspectiva unificadora, cabe afirmar que la naturaleza de la responsabilidad civil debe examinarse teniendo en cuenta su origen obligacional. Las reglas previstas en materia de responsabilidad civil, en sede de obligaciones y contratos (en particular, «LIBRO CUARTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS», «TÍTULO PRIMERO», «De las obligaciones»), son generales con respecto a las reglas especiales en materia extracontractual. El artículo 1089 CC establece que «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». Las reglas sobre la naturaleza y los efectos de estas obligaciones están especialmente orientadas al ámbito contractual (CAPÍTULO II del referido «TÍTULO PRIMERO», artículo 1094 CC y ss.), sin que se excluya su aplicación general a las obligaciones que «se deriven de actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia no penadas por la ley» (obligaciones extracontractuales), siempre que se respeten las disposiciones especiales previstas en el capítulo II del título XVI del

⁵⁵³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, pp. 226-231, recoge esta clasificación y expone pormenorizadamente cada una de estas teorías y sus inconvenientes.

LIBRO CUARTO (artículo 1093 CC, que remite a las reglas especiales previstas en los artículos 1902 a 1910 CC).

La distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual pone su punto de mira en la relación que une a la víctima y al agente dañoso (persona física o jurídica que causa el daño). Las especialidades previstas en uno y otro caso sirven para acomodar la responsabilidad de los sujetos que concurran en la realización del daño, sin que ello implique excluir su unidad. Por lo tanto, cuando la responsabilidad contractual de un sujeto va precedida de una responsabilidad extracontractual (del referido sujeto y de otros que le secundan), cabe afirmar la concurrencia de una responsabilidad civil primigenia, cuyo origen es extracontractual; y, una responsabilidad subsiguiente de carácter contractual. La concurrencia de responsables contractuales y extracontractuales justificaría la aplicación de un régimen de responsabilidad solidaria⁵⁵⁴.

III. Presupuestos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil requiere el cumplimiento de cuatro presupuestos: 1º) las partes deben haber realizado una conducta antijurídica; 2º) que cause (causalidad material); 3º) un daño cierto, real, reparable, actual o futuro; y 4º) imputable jurídicamente al infractor⁵⁵⁵.

1. La antijuridicidad

El origen de la responsabilidad civil se sitúa en un comportamiento, un acto humano que consiste en un acción positiva (*facere*) o negativa (*non facere*), por omisión o abstención (cuando haya un especial deber de actuar)⁵⁵⁶. Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de determinar si ese acto humano tiene que ser antijurídico para que pueda considerarse fuente de responsabilidad.

Un sector de la doctrina sostiene que la antijuridicidad tiene una operatividad prácticamente inexistente como elemento estructural de la responsabilidad civil⁵⁵⁷. Lo

⁵⁵⁴ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 123, señala que «Concurriendo responsables contractuales con responsables extracontractuales, el TS, aun con fallos contradictorios, parece inclinarse también por admitir la aplicación del régimen solidario (SSTS 23 de noviembre 1985 [RJ 1985, 5634] y 14 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3444]). Vid. también, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993, pp. 120-121.

⁵⁵⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio y otros (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 479-492, en pp. 482-487, desarrollaba hace unos años estos mismos presupuestos.

⁵⁵⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 544.

⁵⁵⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil Contractual y extracontractual*, pp. 133-134.

verdaderamente importante –al menos para la doctrina mayoritaria- es que una acción u omisión cause un daño imputable a uno o varios sujetos (por culpa o riesgo). Aunque el hecho generador de la responsabilidad contractual es siempre un acto ilícito, puesto que su fundamento se encuentra en una contravención del ordenamiento jurídico consistente en el incumplimiento de una obligación, su cumplimiento defectuoso o la infracción de un especial deber de conducta por parte del deudor, en materia extracontractual no se exige más que una acción u omisión dañosa en que intervenga culpa o negligencia.

En contra de este criterio, cabe afirmar que la antijuridicidad de la conducta es un elemento vertebrador de la responsabilidad. Una conducta es antijurídica desde la perspectiva del Derecho Civil cuando es ilícita (ilegal o inmoral). En sede contractual o negocial, esta conducta puede consistir en el incumplimiento, en el cumplimiento defectuoso de una obligación o en la infracción de un especial deber de conducta (por ejemplo, una de las partes celebra el negocio con dolo *in contrahendo*), mientras que en sede extracontractual se fundamenta en la infracción de normas que impongan una determinada conducta, así como en la contravención del principio *alterum non laedere*, «fuente de una serie de deberes que nos obligan a comportarnos respecto a terceros con la corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible»⁵⁵⁸

La doctrina afirma que la antijuridicidad implica un juicio de desvalor acerca de una conducta o de un resultado y, en particular, en el ámbito de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, entraña un juicio del desvalor del resultado que está vinculado al desvalor de una conducta que resulta contraria a los deberes y obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, una vez analizada la antijuridicidad de la conducta (conducta prohibida), hay que examinar la antijuridicidad del resultado (conducta dañosa).

1.1. La antijuridicidad de la conducta y del resultado: la importancia del dolo y la negligencia

El origen de la responsabilidad civil se sitúa en una conducta prohibida (antijurídica) que puede haberse realizado de forma dolosa (las partes conocían y querían los elementos del ilícito) o negligente (puede que alguna de las partes desconociese o no quisiese los elementos del ilícito). El análisis de la antijuridicidad de estas conductas no requiere que se produzca un determinado resultado. El elemento intencional se proyecta exclusivamente sobre la actividad que realizan las partes que intervengan en ella.

⁵⁵⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 545.

En aquellos casos en los que la conducta antijurídica se materializa en un negocio jurídico, el dolo o la negligencia adquieren un cierto protagonismo. La nulidad de los negocios prohibidos puede producir unos u otros efectos jurídicos o materiales en función de la licitud o ilicitud de su causa (artículo 6.3, 1255 y 1275 CC). Los negocios prohibidos que tienen una causa ilícita (propósito común ilícito: conducta dolosa de ambas partes, que conocen y quieren los elementos del ilícito) son totalmente ineficaces y sólo dan lugar a la restitución de lo que se haya entregado cuando se acredite que se actuó sin culpa con respecto a la ilicitud causal (artículo 1306 CC, en relación con el artículo 1303 CC), esto es, cuando el consentimiento no fue libre (por falta de capacidad, violencia, intimidación, etc.); mientras que los negocios con causa lícita (ausencia de un propósito común ilícito: conducta negligente por falta de dolo de al menos una de las partes) pueden ser total o parcialmente ineficaces y justifican la recíproca restitución de lo que se haya entregado (artículo 1303 CC). El análisis del dolo (licitud o ilicitud causal) y, en su caso, de la culpa (consentimiento libre de la ilicitud causal) de las partes con respecto a propósito que persigue el negocio prohibido permite ajustar el restablecimiento de la legalidad (ineficacia) y moralizar la restauración del equilibrio económico (restitución).

Cuando una conducta antijurídica (dolosa o negligente) produce un daño es necesario valorar si el agente dañoso (o los agentes dañosos) conocía y quería (directa o indirectamente) ese resultado. Para ello hay que conectar la conducta –que puede haberse materializado en un negocio prohibido- con un daño emergente o un lucro cesante que opera con independencia del restablecimiento de la legalidad y del equilibrio económico entre las partes. Desde esta perspectiva, el legislador –tal vez consciente de la importancia de la intencionalidad de las partes en el ámbito de la responsabilidad civil- parece haber incluido una serie de reglas que tienen en cuenta el dolo con respecto a la antijuridicidad de la conducta dañosa (esto es, si se conocía y quería causar el resultado dañoso).

La relación entre la conducta antijurídica y la intencionalidad de lograr con ella el resultado dañoso debe realizarse a partir de las reglas previstas en el artículo 1107 CC, que establece que el deudor de buena fe responde de los daños y perjuicios «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», mientras que el que actúa con dolo lo hace «de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

La doctrina se ha enfrentado a este precepto desde distintas perspectivas. Las principales dudas que plantea son: 1º) si su ámbito de aplicación incluye únicamente la responsabilidad contractual o si también pueden trasladarse sus reglas a la esfera extracontractual; y 2º) si la buena fe sirve para limitar el resarcimiento a los daños

inmediatos o si excluye la responsabilidad con respecto a los daños inmediatos imprevisibles.

En primer lugar, con respecto a su extensión al ámbito extracontractual, algunos autores estiman que se limita al ámbito contractual y argumentan que el artículo 1089 CC requiere que se aprecie la responsabilidad extracontractual cualquiera que sea el grado o la intensidad de la culpa («cualquier grado de culpa o negligencia»). En este sentido, se afirma que si sólo se trata de reparar, hay que tener en cuenta exclusivamente el daño causado, y no que haya sido causado por culpa o por dolo⁵⁵⁹. En contra de este criterio, un sector de la doctrina considera que aunque el artículo 1107 CC aparece redactado en un lenguaje de contratos, no deja de estar situado en sede de teoría general de obligaciones, por lo que cabría trasladar estas reglas al ámbito extracontractual⁵⁶⁰. En particular, se señala que «las mismas razones que permiten afirmar la existencia de una acción de dolo sustantiva e independiente en el caso de la responsabilidad contractual autorizan a sostener que dicha acción, con las mismas características, se nos ofrece en el campo de la responsabilidad extracontractual o aquiliana»⁵⁶¹

En segundo lugar, la doctrina se plantea si su primer párrafo cobija los daños inmediatos y el segundo a los mediatos (y por tanto sólo son resarcibles los primeros si el incumplimiento es de buena fe, o ambos cuando el deudor incumple dolosamente); o si distingue entre aquellos daños que, siendo consecuencia inmediata de la falta de cumplimiento fueron previstos o era posible preverlos y los daños (también inmediatos) que no eran ni previsibles⁵⁶². Esta segunda perspectiva implicaría que no serían resarcibles los daños mediatos; sólo serían resarcibles los daños inmediatos previsibles para el caso de incumplimiento no doloso y/o los inmediatos previsibles e imprevisibles para los supuestos de dolo.

A nuestro parecer, el artículo 1107 CC se aplica a todo tipo de conductas dañosas, con independencia de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad. Este precepto diferencia la responsabilidad del deudor de la obligación de resarcimiento cuya conducta fue de buena fe (sin dolo) de la responsabilidad del deudor que actuó con dolo, esto es, conociendo y queriendo el resultado dañoso. A partir de esta distinción, el agente dañoso que actuó de buena fe responde de los daños «previstos o que se haya podido prever» (daños inmediatos) y el que lo hizo con dolo, «de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la

⁵⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1985, p. 975.

⁵⁶⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, pp. 262 y ss.

⁵⁶¹ DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *El dolo en el Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Reus, Madrid, 1955, pp. 134 y ss.

⁵⁶² Vid., por todos, YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, pp. 187-188.

obligación» (daños inmediatos y mediatos). En este último grupo de casos el daño mediato puede ser ajeno a la causa de la conducta prohibida. Sin embargo, la intencionalidad del infractor con respecto a la conducta permite presumir el dolo con respecto al resultado, salvo prueba en contrario.

Este planteamiento se ve respaldado por la distinción que se realiza en los artículos 1102 y 1103 CC, que diferencian la responsabilidad procedente de dolo, que no admite moderación por el juez; y por negligencia, que puede moderarse según los casos. No es lo mismo realizar una conducta prohibida asumiendo que ésta va a causar un daño que la producción negligente del resultado dañoso. De ahí que parezca acertada la limitación de la indemnización que se realiza en el artículo 1107.1 CC -supuestos de buena fe- a los daños «previstos» o «que se hayan podido prever». La falta de dolo con respecto al resultado excluiría el resarcimiento de los daños mediatos ajenos a la conducta antijurídica, en beneficio de los sujetos que actuaron de buena fe.

1.2. La prueba de la antijuridicidad de la conducta y del resultado

La prueba de la antijuridicidad afecta a dos niveles distintos, pero estrechamente relacionados. En primer lugar, hay que probar la ilicitud de la conducta, esto es, la infracción de la norma imperativa o prohibitiva y, en particular, el dolo de las partes con respecto a la misma (la licitud o ilicitud de la causa del negocio o, en un sentido muy amplio, del acto o de la conducta). Una vez acreditada la ilicitud, lo siguiente sería valorar la intencionalidad dañosa de las partes, esto es, el dolo o la negligencia con respecto al resultado dañoso.

La prueba de la antijuridicidad de la conducta corre a cargo de la víctima. La regla general en materia probatoria es que quien invoca la aplicación de una norma debe probar el supuesto de hecho para que el juez aplique la consecuencia jurídica correspondiente (artículo 217 LEC).

La prueba del dolo o de la negligencia de la conducta con respecto al resultado está supeditada a la prueba de la conducta prohibida y, en particular, al dolo o la negligencia de las partes con respecto a la misma. Cuando resulta acreditada la existencia de un propósito común ilícito la actuación de los infractores será dolosa salvo prueba en contrario. Cuando no exista tal propósito, se presumirá la negligencia.

2. El daño

La antijuridicidad de la conducta debe materializarse en un daño patrimonial y/o extrapatrimonial para que proceda la indemnización. Este daño debe ser directo, cierto –

se excluyen los puramente hipotéticos o eventuales- antijurídico y puede ser actual o futuro. Los daños pueden afectar al patrimonio (lesión de la propiedad o de cualquier otro derecho de naturaleza patrimonial), diferenciándose el daño emergente, el lucro cesante y la pérdida de oportunidad (artículo 1106 CC); o a los bienes y derechos de una persona, cuando se lleva a cabo, por ejemplo, un ataque al honor, la intimidad e imagen de un competidor.

3. La relación de causalidad material entre la conducta ilícita y el daño

La doctrina civilista aborda la relación de causalidad desde distintas perspectivas diferenciándose, en lo esencial, dos planteamientos: 1º algunos autores estiman que un hecho es causa de otro cuando no se hubiera producido el resultado si hubiera faltado el antecedente (teoría de la equivalencia o de la condición *sine qua non*), admitiendo, por tanto, una pluralidad de concausas; y 2º otros destacan uno o varios antecedentes para conceptuarlos como la causa del resultado, situando la causa en el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasionase (teoría de la causa adecuada), en el hecho más próximo al daño (teoría de la causa próxima), o en el hecho más eficiente (teoría de la causa eficiente)⁵⁶³.

Los autores que consideran que para imponer a alguien la obligación de reparar un daño no basta con que el hecho haya sido la condición *sine quanon* del daño, sino que es necesario que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte una causa adecuada para ello⁵⁶⁴, juridifican la teoría de la equivalencia de las condiciones tomando como antecedente aquellos hechos de los cuales quepa esperar «*a priori*» y según «criterios de razonable seguridad o verosimilitud estadística» la producción de un resultado⁵⁶⁵.

En la actualidad, la teoría de la causalidad adecuada se ha visto superada y absorbida por la teoría de la causalidad jurídica⁵⁶⁶, también conocida como teoría de la imputación objetiva⁵⁶⁷ o «imputación causal»⁵⁶⁸ que discrimina con base en criterios y valores normativos los factores físicos que tienen capacidad para engendrar

⁵⁶³ Vid. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 549; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, pp. 360-366. En el ámbito penal, vid. por todos, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 226-229.

⁵⁶⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, p. 364.

⁵⁶⁵ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 93.

⁵⁶⁶ En el Derecho del *Common Law*, por todos HART, Herbert Lionel Adolphus y HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, University Press, Oxford, 1959; y BAKER, Charles David, *Tort*, 6ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 191 y ss.

⁵⁶⁷ En el Derecho alemán, DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, pp. 87 y ss.

⁵⁶⁸ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 92.

responsabilidad de los que no la tienen⁵⁶⁹. Con esta teoría se trata de determinar si un hecho que ha causado un daño (causalidad material) es jurídicamente relevante y se puede imputar a una persona (causalidad jurídica o imputación causal)⁵⁷⁰.

La causalidad material requiere acreditar que un hecho ha causado un daño (causalidad material). La regla general es que el nexo causal debe probarse por quien reclame la reparación. No obstante, esta doctrina admite cierta flexibilidad en los sectores de la actividad profesional o empresarial en los que al perjudicado le puede resultar particularmente difícil la averiguación de la causa del hecho dañoso (responsabilidad médica, daños por productos, etc.). Cuando el daño procede de este tipo de actividades, «debe considerarse suficiente una razonable probabilidad de su existencia, medible atendiendo a las circunstancias del caso». También se puede admitir una presunción *iuris tantum* de causalidad «cuando desconociéndose la causa exacta del hecho dañoso, exista una razonable probabilidad de que provenga de la conducta o actividad del demandado». Esta presunción se desvirtuaría si aquél acredita que «existió otra causa determinante que le era totalmente ajena, o que no le era objetivamente imputable»⁵⁷¹.

Una vez establecida la causalidad material entre la conducta y el daño (conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones), con la dificultad que implica la prueba de este último, habría que analizar la causalidad jurídica, a la denominaremos imputación jurídica del daño.

4. La imputación jurídica del daño: la culpa y el riesgo

La imputación jurídica y, en particular, el título de imputación, dependen del subsistema de responsabilidad civil subjetiva u objetiva aplicable al supuesto de hecho. El sistema de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 1902 CC refleja el principio imperante en la época codificación, que partía del elemento de la culpa como título de imputación. No obstante, la jurisprudencia ha flexibilizado sus requisitos -en

⁵⁶⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 550; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, pp. 366-367. Vid. en este sentido al autor de referencia en materia penal, ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte general*, t. I, traducción y notas de LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997, pp. 360-361.

⁵⁷⁰ Se refieren a la distinción entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. PÉREZ DE VARGAS, José, Dykinson, Madrid, 2003, p. 146; y MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson – Civitas, Navarra, 2007, p. 251. Vid. también, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 550; y PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», AA.VV., *Centenario del Código Civil*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1616, en p. 1563.

⁵⁷¹ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, pp. 100-101.

consonancia con el desarrollo que han experimentado la ciencia y la tecnología a lo largo el último siglo- y actualmente conviven la culpa (criterio subjetivo) y el riesgo o *periculum* (criterio objetivo)⁵⁷².

Las reglas generales previstas en nuestro Derecho Civil permiten diferenciar al menos cuatro subsistemas: 1º) el subsistema de responsabilidad subjetiva pura o de culpa probada, aplicable a actividades ordinarias, inocuas, dóciles, no peligrosas, que establece una presunción de inocencia, de modo que serían causas de exoneración la prueba de falta de culpa y la falta de prueba de culpa, en los términos previstos en el artículo 1902 CC; 2º) el subsistema de responsabilidad civil subjetiva atenuada o de culpa presumida, aplicable a actividades indóciles, intrínsecamente peligrosas, que establece una presunción de culpa, siendo causas de exoneración la prueba de falta de culpa (fuerza mayor y caso fortuito) y la culpa exclusiva del agente dañoso, en consonancia con los artículos 1906, 1907, 1908.1 y 1909 CC; 3º) el subsistema de responsabilidad civil objetiva atenuada o subsistema de causa propia (riesgo) no desmentida por causa ajena, aplicable a actividades indóciles o intrínsecamente peligrosas, que establece una presunción de responsabilidad y sitúa como causas de exoneración la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor extraña al riesgo (no incluye el caso fortuito), de acuerdo con la regulación especial que se recoge en los artículos 1905, 1908 (2.º y 3.º) y 1910 CC, aplicables de forma analógica a cualquier actividad intrínsecamente peligrosa que carezca de regulación específica⁵⁷³; y 4º) el subsistema de responsabilidad civil subjetiva pura o subsistema de imputación mecánica, absoluta, que no se aplica a ninguna actividad, es expresión del primitivismo jurídico, no admite causas de exoneración y no existe en nuestro Derecho. Sobre esta base, el título de imputación de la responsabilidad civil puede ser la culpa (presunción de inocencia), la culpa modulada por la presencia del riesgo (presunción de culpa) o el riesgo (presunción de responsabilidad)⁵⁷⁴.

La imputación jurídica se estructura a partir de la regla prevista en el artículo 1104 CC, que dispone: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese

⁵⁷² MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pp. 45-72, desarrolla la dualidad básica de los títulos de imputación de la responsabilidad civil extracontractual: la culpa y el riesgo.

⁵⁷³ MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pp. 72-109 y pp. 357-358, desarrolla ampliamente esta clasificación.

⁵⁷⁴ Entre otros, SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentarios al art. 1902», ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 99-560, en p. 368; REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «Los sistemas de responsabilidad civil», REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 247-300, en p. 275; y MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pp. 72-109.

la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

La culpa y la negligencia suponen la omisión de un deber de diligencia e implican la imputación jurídica del hecho dañoso de acuerdo con la naturaleza de la obligación (contractual o extracontractual), las circunstancias personales, el tiempo y el lugar. Si el título de imputación es la culpa (criterio subjetivo), nos situaremos ante un subsistema de responsabilidad civil subjetiva que requiere analizar si la conducta puede imputarse objetiva y subjetivamente a un determinado sujeto, con las precisiones que se han indicado. Mientras que si el título de imputación es la negligencia (criterio objetivo, vinculado al riesgo), sólo habrá que probar que el hecho dañoso se ha verificado dentro del ámbito de aplicación de la ley especial que instituya el subsistema de responsabilidad objetiva⁵⁷⁵.

En uno y otro caso habrá que examinar: 1º) la imputación objetiva, esto es, si la conducta que causa el daño se puede imputar de forma objetiva a un determinado sujeto; y, además, 2º) la imputación subjetiva, que dependerá de la edad del sujeto, su imputabilidad, su conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y la posible exigibilidad de una conducta distinta (violencia o intimidación).

4.1. Imputación objetiva

De acuerdo con lo expuesto, se pueden imputar a un sujeto los hechos de los cuales quepa esperar, a partir de un juicio de probabilidad, la producción de un resultado dañoso. Este juicio permitiría excluir los eventos que: 1º) sean ajenos a la actividad del agente dañoso; o 2º) no sean idóneos para generar el daño.

La ajениdad del daño nos conduce al artículo 1105 CC, que dispone: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables». Por lo tanto, para que exista propiamente una causa ajena debe producirse un suceso imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable. Este precepto se puede aplicar en sede contractual o extracontractual, si bien en materia extracontractual ha de referirse a una conducta activa u omisiva de la que pueda derivarse un daño para terceros; mientras que en materia de contratos vincula la conducta con el hecho del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso⁵⁷⁶ o, en los casos de dolo *in contrahendo*, con el daño a la contraparte.

⁵⁷⁵ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, pp. 98-99.

⁵⁷⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario del artículo 1105 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 659 y ss.

El criterio clave para imputar el daño al sujeto es la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad. En un subsistema de responsabilidad civil subjetiva, el agente dañoso sólo estará exento de culpa cuando acontezcan sucesos imprevisibles o que siendo previsibles sean inevitables. Esta regla se matiza en los sistemas de responsabilidad objetiva o por riesgo, que consideran que cuando el evento es imprevisible pero habría podido evitarse teniendo en cuenta el *plus* de diligencia que cabe esperar del agente dañoso por el riesgo implícito de su actividad no procede la exención. En los primeros, exime de responsabilidad la fuerza mayor (suceso imprevisible o si previsible, inevitable), que tiene su origen en un evento externo (causa ajena externa) y el caso fortuito (suceso imprevisible pero evitable), que viene provocado por un evento interno que acaece dentro del ámbito del riesgo de la actividad del agente dañoso (causa ajena interna); mientras que en los segundos el caso fortuito determina su responsabilidad⁵⁷⁷.

En el subsistema de responsabilidad civil subjetiva o por culpa -siempre en consonancia con el artículo 1105 CC⁵⁷⁸- excluye la responsabilidad el carácter objetivamente imprevisible del daño o, si hubiera podido preverse, su inevitabilidad, esto es: el supuesto de fuerza mayor (imprevisible o previsible, pero en ambos casos, inevitable); y el caso fortuito (imprevisible pero evitable). De este modo, de forma parecida a las reglas de imputación objetiva previstas en nuestro Derecho penal -que

⁵⁷⁷ Vid. REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 103; y MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, p. 96. En Francia, vid. JOSSE RAND, Louis, *Derecho Civil II*, vol. 1º, *Teoría general de las Obligaciones*, trad. por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago, Bosch y Cía, Editores, Buenos Aires, 1950, pp. 340-341. En Alemania, VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. y concordado por ROCES SUÁREZ, Wenceslao, t. II, Reus, Madrid, 1934, p. 101. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, p. 250, resume las principales distinciones que -apartándose del criterio que se defiende- ha realizado nuestra doctrina sobre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito: «Así, SANCHEZ ROMAN [*Estudios de Derecho Civil IV*, 1899, pp. 311 y ss.] distingue según el origen del suceso: si el hecho es ajeno a la voluntad del hombre y proviene de causas naturales (...), se llama caso fortuito; como tal, es independiente no sólo de la voluntad del deudor, sino de toda voluntad humana. En cambio, es fuerza mayor si el hecho procede de un tercero, y ello con independencia de que sea legítimo o no. (...) Para otros autores (así, MUCIUS SCAEVOLA [*Código civil*, t. XIX, Madrid, 1902, pp. 523 y ss.]) hay que distinguir según los efectos del suceso recaigan sobre la persona del obligado (fuerza mayor) o solamente sobre la cosa o, en general, sobre la prestación (caso fortuito)». Se trataría así de fuerza mayor todo tipo de acto violento sobre las personas, quedando el caso fortuito para los demás accidentes inevitables. (...) No faltan quienes, como PUIG PEÑA [«Caso fortuito», en *Enciclopedia Jurídica Seis*, 1951], utilizan un criterio más subjetivista, y ven en la fuerza mayor un tipo de suceso absolutamente insuperable en cualquier condición, y en el caso fortuito el evento que resulta insuperable para el deudor concreto y en las circunstancias concretas en que se encuentre. La medida del caso fortuito se encontraría según eso, en la propia medida de la diligencia que marca el art. 1104 C. civ.».

⁵⁷⁸ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 65: «Elementos constitutivos de la imputación subjetiva son los juicios de previsibilidad y de evitabilidad (art. 1105 CC). Por el test de previsibilidad se pregunta si el sujeto que ocasionó el daño pudo prever o no las consecuencias de su conducta activa u omisiva (v. SSTs 18 mayo 1999 [RJ 1999, 3352], 8 de octubre 1998 [RJ 1998, 7559] y 8 de julio 1998 [RJ 1998, 5544]). Hay culpa no sólo cuando el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una determinada actividad, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana ordinaria debió prever el acaecimiento de un hecho o de un suceso dañoso, o cuando era razonable que lo hubiera previsto bajo particulares circunstancias».

toma la culpa título de imputación⁵⁷⁹ se excluye la imputación objetiva (exoneración de responsabilidad): 1º) cuando en el proceso causal antecedente se haya incardinado de forma sobrevenida la conducta dolosa o muy gravemente imprudente de un tercero (hecho de tercero)⁵⁸⁰ que ha intervenido con posterioridad a la misma, salvo que su conducta se haya visto favorecida por la actuación del demandado («prohibición de regreso»); 2º) cuando el daño tenga su origen en el sujeto que lo ha sufrido (causa o hecho de la víctima)⁵⁸¹, a no ser que su conducta haya sido razonable y el daño deba imputarse al sujeto que lo ha provocado («provocación»); o 3º) como supuesto derivado del anterior, cuando el daño sea fruto de la realización de riesgos ligados a la existencia del dañado («riesgo de la vida»). Estas mismas reglas se trasladarían al sistema de sistema de responsabilidad objetiva, o por riesgo puesto que, como concluye nuestra mejor doctrina, esta responsabilidad «no es responsabilidad sin culpa, sino responsabilidad aunque no haya culpa, pues se responde con culpa (si la hay) y sin culpa (por caso fortuito)»⁵⁸², por lo que también serían causas de exención el hecho de tercero o de la víctima.

En estos sistemas habría que valorar –en segundo lugar- la falta de idoneidad de la conducta para generar el daño, aspecto que concurre, en sentido objetivo: 1º) cuando la conducta no incrementa el riesgo de que se produzca el daño («incremento del riesgo»); 2º) cuando cae fuera del ámbito de la norma en la que se fundamenta la responsabilidad («el fin de la norma fundamentadora de la responsabilidad»); y 3º) cuando la producción del daño habría sido descartada como algo extraordinariamente improbable (imprevisibilidad) por un observador experimentado que, contando con los conocimientos especiales del agente dañoso, hubiera analizado la cuestión *ex ante*

⁵⁷⁹ Vid. en este sentido, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 550; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, pp. 366-375; y REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, pp. 94-97. En el ámbito penal, por todos MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 229-231.

⁵⁸⁰ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 105: «en la intervención del tercero habrá de distinguirse si con ella se contribuye al resultado dañoso (culpa común, coautoría), en cuyo caso aquél responde junto con los demás intervinientes, normalmente de forma solidaria, o si su participación causal absorbe por completo la del demandado. En este caso, esa intervención supone, respecto de este último, un supuesto de fuerza mayor».

⁵⁸¹ MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, p. 297, señala sobre la culpa exclusiva de la víctima: «Tanto en un supuesto (culpa exclusiva) como en el otro (culpa concurrente), cuando se habla de “culpa de la víctima”, no se utiliza el término culpa en un sentido técnico jurídico, sino en un sentido impropio de causa, de hecho causal, porque, entendida como un supuesto estricto de fuerza mayor (causa única) o como una causa concurrente en la producción del daño, su virtualidad exoneradora o reductora respecto de la responsabilidad del sujeto agente se produce con independencia de que haya sido técnicamente culpable o no, pues en todo caso para el agente dañoso la actuación causal de la víctima constituye un factor imprevisible o previsible, pero inevitable (*nova causa interveniens*), o una causa que, junto a la aportada por él, ha concurrido en la generación del daño (*causa concurrrens*). Por esta razón resulta más adecuada la expresión acuñada por la doctrina francesa de “hecho de la víctima” (*fait de la victime*), que pone el énfasis en su carácter causal».

⁵⁸² MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, p. 359, conclusión VII.

(«adecuación»)⁵⁸³. Este último supuesto no operaría plenamente en el subsistema de responsabilidad objetiva, donde la imprevisibilidad del daño no excluiría la responsabilidad cuando aquel es evitable.

La carga de la prueba del daño dependería del subsistema de responsabilidad civil: en un sistema de responsabilidad civil subjetiva pura, la carga de la prueba de la culpa recae sobre el dañado; en un sistema de responsabilidad civil subjetiva objetivada, se invierte la carga de la prueba de la culpa (prueba el dañante); y en un subsistema de responsabilidad objetiva, se presume la responsabilidad del dañante.

4.2. Imputación subjetiva

La imputación del daño a un determinado sujeto no impide que se pueda excluir su culpabilidad cuando no proceda su imputabilidad subjetiva. Detrás de la imputación subjetiva se sitúa la vertiente subjetiva de los denominados «juicios de previsibilidad y evitabilidad». Un agente dañoso no puede ser responsable de las consecuencias de su conducta activa u omisiva cuando: 1º) no tenga capacidad de obrar, supuesto que afectaría a los menores de edad, incapacitados, enfermos mentales, sin que se excluya la responsabilidad de los padres o tutores salvo que «prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (artículo 1903 CC)⁵⁸⁴; 2º) desconozca la antijuridicidad de su conducta (error excusable); o 3º) no se le pueda exigir una conducta distinta (intimidación o violencia).

Al igual que sucede con la prueba de la antijuridicidad de la conducta, se invertiría la carga de la prueba de la culpa de forma que el presunto culpable tendría que demostrar que concurre alguna de estas circunstancias.

5. El alcance de la responsabilidad

La responsabilidad civil contractual será conjunta y mancomunada cuando concurren varios sujetos, en los términos previstos en los artículos 1137 y 1138 CC: 1º) el artículo 1137 CC dispone que «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de ellos tenga derecho a

⁵⁸³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 550; y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V*, pp. 366-375. En el ámbito penal, vid. por todos MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 229-231.

⁵⁸⁴ MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, p. 362, conclusión XIV, señala que «Los principios de justicia conmutativa por los que se rige nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual (*ius suum cuique tribuere*) obligan a privarles de indemnización cuando su conducta ha sido exclusiva (total imputación causal del daño a la víctima), y a la reducción cuantitativa cuando fue concurrente (la imputación causal del daño se realiza a agente dañoso y a víctima), porque el agente dañoso sólo debe responder del daño que causó».

pedir ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma», y añade que «Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria» ; y 2º) el artículo 1138 CC establece que «Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros». Estos preceptos se refieren a la obligación en general, sin perjuicio de las especialidades que puedan preverse cuando la responsabilidad tiene una naturaleza extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual debe ser conjunta y solidaria cuando concurren una pluralidad de responsables⁵⁸⁵ «siempre que no quepa individualizar la relevancia de cada acción concurrente en el resultado dañoso ni precisar la concreta responsabilidad de cada uno de los intervinientes»⁵⁸⁶. La solidaridad se orientaría hacia la protección del perjudicado que podría exigir el pago íntegro de la indemnización a cualquiera de los responsables sin necesidad de determinar a todos los sujetos que pueden serlo (no hay litisconsorcio pasivo necesario)⁵⁸⁷.

6. Aspectos procesales

El Derecho privado acoge dos vías para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil: 1º) la vía de la responsabilidad civil contractual; y 2º) la vía de la responsabilidad civil extracontractual. En uno y otro caso, coinciden los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, se aprecian ciertas diferencias que, como veremos, afectan principalmente a la legitimación y al plazo para el ejercicio de la acción.

⁵⁸⁵ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, pp. 121-122, expone los principales argumentos a favor y en contra de la aplicación de la regla de la solidaridad en el ámbito extracontractual. A favor, señala que: 1º) «Los arts. 1137 y 1138 CC (con sus reglas de no presunción de solidaridad y de presunción “iuris tantum” de mancomunidad, respectivamente) sólo son aplicables a las obligaciones derivadas de contrato, no a las resultantes de un ilícito civil»; 2º) «El art. 116 CP (que trae causa del art. 107 del anterior CP, de 1973) es aplicable por analogía a la responsabilidad civil extracontractual derivada de ilícito no punible, pues no hay razón para circunscribirlo a la derivada de delito»; y 3º) «El principio “pro damnato”» puesto que «La solidaridad asegura el resarcimiento, protegiendo al perjudicado de la posible insolvencia de cualquiera de los deudores; además, le libera de tener que acreditar la parte de daño atribuible a cada uno para condenarle a indemnizar». Asimismo, señala que un sector minoritario argumenta, en sentido contrario, que: 1º) «Los arts. 1137 y 1138 CC se refieren a la obligación en general, por lo que son aplicables también a las procedentes de actos ilícitos»; 2º) «No cabe aplicar analógicamente a los ilícitos civiles el art. 116 CP (art. 107 del antiguo CP); de un lado, porque su justificación se halla en que se ha querido tratar con más rigor a los autores del acto dañoso *por ser punible*; y, de otro, porque hay ley aplicable al caso (el art. 1137 CC), lo que también excluye el recurso a la analogía»; y 3º) «El beneficio que para el perjudicado supone la solidaridad se alcanza a costa de los deudores, a favor de los cuales cabe alegar el principio “pro debitoris” aparte de la regla de no presunción de solidaridad».

⁵⁸⁶ STS de 1 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9171] y 11 de abril de 2000 [RJ 2000, 2148], citadas por REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 122.

⁵⁸⁷ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, p. 122.

6.1. Legitimación

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual recae sobre todos aquellos sujetos que se hayan visto perjudicados por la conducta prohibida: si la responsabilidad tiene naturaleza contractual, tiene legitimación activa la parte afectada que sufre el daño; si su naturaleza es extracontractual, la legitimación activa puede recaer sobre un amplio número de sujetos.

El principal problema que plantea el ejercicio de la acción de responsabilidad civil es que no tiene el mismo alcance en todos los casos. El daño puede afectar a un número limitado de sujetos, que reclamarán individualmente una indemnización por los daños que hayan sufrido (perjudicados directos); o puede ser un daño puntual y de poco valor relativo experimentado por un número elevado de sujetos (normalmente consumidores o pequeñas empresas, perjudicados indirectos). En este segundo supuesto, la escasa cuantía de la indemnización ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir mecanismos colectivos de actuación.

El ordenamiento jurídico español dispone de ciertos mecanismos para el ejercicio de acciones colectivas y de representación. Las acciones de representación previstas en el artículo 11 LEC, permiten a las asociaciones de consumidores y usuarios defender en juicio los intereses de sus integrantes, los de la asociación y los intereses generales de grupos indeterminados de estos colectivos (en relación con el artículo 7.7 LEC y el artículo 7.3 LOPJ, que deben conectarse con los artículos 221 y 519 LEC y el artículo 24 TRLGDCU). Con respecto a las acciones colectivas, puede verse el artículo 7.3 LOPJ y el artículo 6.1.7 LEC.

La legitimación pasiva puede recaer sobre una o varias personas (como sucede cuando el daño procede de la actuación conjunta de varios sujetos), sin que influya la forma jurídica del infractor.

Las personas jurídicas actúan por medio de sus órganos de dirección y representación, de modo que la actuación de estos últimos representa la voluntad de la sociedad, que queda obligada a responder por sus actos⁵⁸⁸, sin perjuicio de la responsabilidad en la que puedan haber incurrido los administradores. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia afirman que aunque el artículo 1902 CC presupone una voluntad y una conducta culposa que sólo pueden ser humanas, este obstáculo se supera acudiendo al mecanismo de la representación orgánica.

⁵⁸⁸ REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, pp. 125-126. Sobre la aplicabilidad del art. 1902 CC a todo tipo de personas, físicas o jurídicas, vid. las SSTs 29 de mayo 1915, 29 de septiembre 1964 (RJ 1964, 4097) y 3 de julio 1968 (RJ 1968, 3610).

La legitimación pasiva alcanzaría a los administradores de las empresas que han causado el daño, diferenciándose dos situaciones distintas en el ámbito de las sociedades de capital: 1º) su responsabilidad frente a la sociedad, que se puede hacer valer mediante la acción social (artículos 236 a 240 LSC); y 2º) su responsabilidad frente a terceros mediante la acción individual de responsabilidad iniciada por la víctima, que puede ser un socio o un tercero ajeno a la sociedad, siempre que se acredite que la conducta del administrador se ha dirigido de forma directa contra los intereses del lesionado (artículo 241 LSC)⁵⁸⁹.

Por lo tanto, se podría acumular la acción individual contra el administrador y la acción de responsabilidad civil extracontractual que se dirige frente a la sociedad. Aunque la teoría de la representación orgánica de la sociedad –aplicable a los administradores- supone que los actos ilícitos del administrador se imputan a la persona jurídica en cuyo nombre actúa, esto no impide que se pueda demandar a ambos sujetos en relación de principal y subsidiario e incluso que se reclame al administrador una responsabilidad independiente cuando su comportamiento haya causado daños diferentes o haya agravado el daño imputable a la sociedad.

6.2. Plazo

El plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil varía dependiendo de si su naturaleza es contractual o extracontractual: 1º) si es contractual, se sujeta al plazo de quince años; y 2º) si es extracontractual, el plazo es de un año «desde que lo supo el agraviado».

Cuando la naturaleza de la responsabilidad es extracontractual, el artículo 1902 CC establece: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». El plazo de prescripción para realizar la reclamación es de un año «desde que lo supo el agraviado» (artículo 1968.2º CC).

Cuando la naturaleza es contractual, artículo 1101 CC dispone que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella». El plazo de prescripción de la acción de reclamación –al igual que sucede en el caso de la acción restitutoria- es de quince años (artículo 1964 CC) desde el día de la celebración del negocio nulo (también es el día en el que se produce el daño).

⁵⁸⁹ Vid. en este sentido, ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, p. 331.

Las diferencias en cuanto al plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual y contractual podrían solventarse en un futuro estableciendo un único plazo que empiece a contar en uno u otro momento en función del origen de la obligación. El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual o contractual no interrumpiría la prescripción de la acción restitutoria (y viceversa)⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ En Francia, GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, p. 532.

CONCLUSIONES

1. La nulidad **se proyecta sobre todos los actos jurídicos**: se aplica a la figura del contrato, al negocio jurídico o, en sentido amplio, a los actos o declaraciones de voluntad, en consonancia con las reglas generales previstas en sede contractual, en el Título II («De los contratos») del Código civil; pero también incide sobre los actos jurídicos de cualquier otra especie, como los actos de comportamiento y los actos o declaraciones de conocimiento.

1.1. El artículo 6.3 CC, situado en el Capítulo III («Eficacia general de las normas jurídicas») del Título Preliminar del Código Civil, establece que «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». De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, los actos de comportamiento y los de comunicación (entre los que se incluyen los actos o declaraciones de conocimiento y de voluntad) que infringen una norma imperativa y prohibitiva son nulos de pleno derecho y, por tanto, ineficaces (procede declarar su ilicitud y ordenar su cese), salvo que la propia norma disponga lo contrario.

1.2. El régimen jurídico aplicable a la nulidad se desarrolla de forma específica en materia de **obligaciones y contratos**, con el fin de establecer reglas generales que permitan configurar el control de los límites de la autonomía privada previstos en el artículo 1255 CC, esto es, las leyes, la moral y el orden público.

1.3. En las sociedades democráticas las leyes son fruto, en última instancia, de la **autonomía de la voluntad** de los ciudadanos expresada por sus representantes que, en ausencia de norma imperativa o prohibitiva, deben guiarse por la moral social y el orden público. La proyección privada de este planteamiento –sobre los miembros de la sociedad- implica que cuando un acto o declaración de voluntad resulta contrario a las leyes, la moral o el orden público, contraviene lo dispuesto en la regla imperativa-prohibitiva que se recoge en el artículo 1255 CC y, en consecuencia, es nulo de pleno derecho (artículo 6.3 CC). De este modo, la autonomía privada resultante de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos tendría como límite la propia ley que éstos se han otorgado: el artículo 6.3 CC protege la supremacía de la ordenación legal (normas imperativas y prohibitivas) frente a la autonomía privada; y el artículo 1255 CC, establece los límites institucionales a los que se sujeta esta última, esto es, la ley, la moral y el orden público.

1.4. La relación entre estos preceptos permite diferenciar **dos tipos de actos jurídicos**: por un lado, los contratos y los negocios jurídicos (y en un sentido muy

amplio, los actos o declaraciones de voluntad), en los que el autor o los autores autorregulan sus propios intereses y establecen una norma vinculante para su satisfacción, que se sujetan a las reglas imperativas previstas en el Título II del Libro Cuarto de nuestro Código Civil para la eliminación de sus efectos jurídicos (ineficacia: restauración de la legalidad y desaparición de efectos jurídicos) y materiales (restitución: restablecimiento del equilibrio económico entre las partes); y por otro lado, los actos jurídicos en sentido estricto, cuyo contenido está predeterminado por la ley y la eliminación de sus efectos se sujeta al supuesto de hecho concreto previsto en la norma (carecen de contenido normativo).

2. El **fundamento legal de la nulidad de los negocios prohibidos** requiere analizar la intencionalidad de las partes. La nulidad tiene su origen en un vicio extrínseco a la relación negocial, derivado de la infracción de los límites impuestos a la autonomía de privada (ley, moral, orden público), que, en algunos casos, va acompañado de un vicio en la formación del negocio intrínseco a la propia relación jurídica (causa ilícita).

3. **La finalidad de la nulidad de los negocios prohibidos es la eliminación de los efectos jurídicos del negocio, esto es, su ineficacia**, que será estructural, automática, absoluta, definitiva, originaria o sobrevenida y total o parcial, si bien, con respecto a esta última característica, la ineficacia sólo puede ser total (y no parcial) cuando la causa es ilícita.

3.1. **La ineficacia de estos negocios es estructural** en la medida en que adolecen de una irregularidad que afecta a la formación del negocio (artículo 6.3, 1255 y 1275 CC), característica común a todos los negocios inválidos (supuestos de nulidad o anulabilidad).

3.2. **La ineficacia es automática:** se produce sin necesidad de ningún otro requisito adicional y, en consecuencia, se puede hacer valer por acuerdo entre las partes (nulidad mutuamente aceptada) o, a falta de acuerdo, en la vía judicial (ante el juez de lo civil o de lo mercantil) o de forma extrajudicial (arbitraje). Su apreciación judicial o extrajudicial tiene lugar ante la resistencia de quienes defiendan la validez del negocio o porque se quiera desarmar la apariencia de validez.

3.3. **La ineficacia es absoluta** y, en consecuencia, pueden hacerla valer las partes, cualquier sujeto que tenga un interés legítimo en ella e incluso el juez que pueda estar conociendo el asunto en la vía judicial, de oficio. Esta legitimación activa *erga omnes* se deriva del propio carácter imperativo de la nulidad de los negocios prohibidos (ilegales, inmorales y/o contrarios al orden público).

3.4. La ineficacia puede ser total o parcial en función de la ilicitud o de la licitud de su causa: cuando el negocio prohibido tiene una causa ilícita, la ineficacia es total; sin embargo, cuando tiene una causa lícita, puede ser total o parcial.

3.4.1. La **ilicitud de la causa** determina la ineficacia total del negocio o los negocios afectados por un propósito común ilícito. Este supuesto afecta a los negocios prohibidos con causa ilícita (las partes conocen y quieren los elementos del ilícito); a los negocios conexos que tengan como presupuesto la validez de un negocio prohibido, de forma que su causa requiera llevar a cabo el negocio principal; y a los negocios coligados instituidos por voluntad de las partes que se integren o formen parte de un negocio complejo prohibido con causa ilícita. Estos negocios no deben confundirse con los contratos derivados que se celebran con terceros ajenos al negocio prohibido, cuya causa es ajena a este último (la nulidad dependerá de su propio contenido, de su causa, su objeto...).

3.4.2. Los negocios prohibidos que tienen una **causa lícita** pueden ser total o parcialmente ineficaces, dependiendo de si su nulidad (invalidez) es total o parcial. La nulidad parcial puede producirse por mandato de ley o, en ausencia de previsión legal, bien por voluntad de las partes, cuando el contenido nulo sea divisible o separable y se pueda determinar si las partes habrían querido el negocio igualmente, aun con la amputación del contenido ilícito, o bien para evitar el fraude de ley, cuando así se desprenda de la propia norma imperativa. En estos supuestos, la ineficacia parcial es, con carácter general, eliminatoria. No obstante, puede y debe plantearse la ineficacia parcial sustitutoria cuando la nulidad afecte exclusivamente a determinadas cláusulas que se integren en un negocio individualmente negociado con causa lícita, la norma infringida permita este tipo de ineficacia; y, además, la parte afectada (perjudicada) quiera hacerla valer.

3.5. La ineficacia puede ser originaria o sobrevenida. En el primer caso, la ineficacia se origina en el momento de su celebración. En el segundo, en un momento posterior, como consecuencia de un hecho sobrevenido (ineficacia sobrevenida), por mandato de ley, supuesto que se produce principalmente por el transcurso del tiempo, porque cambien las circunstancias; o bien por un cambio en la norma, cuando un negocio no se adapte a la nueva regulación.

3.6. La ineficacia es definitiva: los negocios prohibidos no sanan con el paso del tiempo (la ineficacia jurídica del negocio nulo es imprescriptible, lo que prescribe es el plazo para eliminar sus efectos materiales en el ámbito restitutorio), ni admiten confirmación y sólo excepcionalmente pueden llegar a admitir conversión.

4. **El fundamento de la acción restitutoria se encuentra en el cumplimiento por la parte demandante de la obligación nacida del negocio afectado por la causa de nulidad y su finalidad, de carácter marcadamente subjetivo, es restablecer el equilibrio económico patrimonial entre las partes.** A diferencia de la ineficacia, que tiene como objetivo la eliminación de los efectos jurídicos del negocio nulo, la restitución persigue la eliminación de los efectos materiales que éste haya producido entre las partes. La restitución requiere analizar si las partes actuaron con un propósito común ilícito, conocido y querido por ambas (causa ilícita) y, de ser así, si prestaron su consentimiento de forma libre (sin culpa). Los negocios prohibidos que tienen causa lícita dan lugar a la aplicación de la regla general de la recíproca restitución de las cosas que se hayan entregado, en los términos previstos en el artículo 1303 CC; mientras que aquellos que tienen una causa ilícita conducen a la regla especial prevista en el artículo 1306 CC cuando al menos una de las partes es culpable de la ilicitud causal. Estos preceptos permiten configurar la legitimación, el plazo y el alcance de la acción restitutoria en atención a la conducta de las partes.

5. **El régimen general aplicable a la regla de la recíproca restitución se recoge en los artículos 1303 y ss. CC.** El carácter subjetivo de esta acción determina que sólo pueda ejercitarse (**legitimación**) a instancia de las partes o de sus causahabientes; por el juez, cuando sólo una de las partes haya pedido la restitución, en beneficio de la parte que no la haya pedido porque sostenga la validez del negocio; y finalmente, en algunos supuestos excepcionales, por terceras personas ajenas al negocio (por ejemplo, la administración concursal). El **plazo** para el ejercicio de la acción restitutoria es de quince años (artículo 1964 CC) desde el día en que pudo ejercitarse (artículo 1969 CC).

5.1. El **alcance** de la restitución comprende tanto la restitución de la cosa o la prestación (o su valor) y, en su caso, sus frutos, como el precio y sus intereses (legales). A estos efectos, se defiende que el valor de las cosas que constituyan el objeto de restitución debe calcularse teniendo en cuenta su valor el día de la restitución, en el estado que tenían el día de la venta. Las reglas previstas en los artículos 1303 CC y siguientes son compatibles con este criterio de valoración siempre que se relacionen con las reglas relativas a la posesión (que valoran la buena o mala fe del poseedor y, en consecuencia, introducen un nuevo criterio subjetivo).

5.2. Si se entregó una **cosa determinada y específica**, la valoración de la cosa el día de la restitución en el estado que tenía el día de la venta (valoración objetiva) debe tener en cuenta las reglas de la posesión (valoración subjetiva), de forma que: el adquirente que pierde la propiedad a raíz de la declaración de nulidad mantiene la posesión, por lo que el deterioro de la cosa tiene que ajustarse a las reglas previstas en los artículos 453 y ss. CC (depreciación subjetiva); la pérdida de valor por el uso o por

el paso del tiempo es indemnizable a favor del vendedor (depreciación objetiva); los gastos y mejoras se rigen por las reglas previstas para la posesión (apreciación subjetiva); los incrementos de valor dan derecho a una indemnización a favor del adquirente (apreciación objetiva); la pérdida de la cosa se sujeta a la regla prevista en el artículo 1307 CC; el vendedor es el propietario de la cosa, por lo que adquiere por accesión lo edificado, plantado o sembrado por el adquirente en virtud del negocio nulo (artículos 358 y ss. CC), generándose un derecho de indemnización a favor del poseedor de buena fe (artículos 453 y 454 CC) y el derecho a exigir al poseedor de mala fe la reposición de las cosas a su estado primitivo a su costa (artículos 362 y 363 CC); la restitución de la cosa alcanza a sus frutos, de acuerdo con las reglas que regulan la liquidación de un estado posesorio y que atienden a la buena o a la fe del poseedor (artículos 451 y 455 CC), por lo que deben restituirse los frutos que se recibieron el día de la entrega de la cosa y, por aplicación de las reglas de la posesión, el poseedor (adquirente) de mala fe también debería abonar «los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir»; y, por último, si la cosa ya no existe, la restitución debe ser por equivalente (valor de la cosa el día de la restitución según su estado el día de la ejecución de la prestación) teniendo en cuenta que el valor de la cosa es diferente del precio fijado en el contrato.

5.3. Si se entregó una **cosa genérica**, habrá que devolver otro tanto de la misma especie y cantidad. En este caso, cabe la posibilidad de que los intereses concurrentes impongan que quien devuelve el género tenga derecho al reembolso de los gastos de almacenamiento y custodia.

5.4. De acuerdo con el tenor literal del artículo 1303 CC, el **precio** se devolverá con sus intereses legales, con independencia de cuales sean los intereses reales que ha percibido la parte que tiene que restituir. La evaluación de la cosa y de sus frutos se produciría el día de la restitución en el estado inicial del día de entrega, de ahí que el vendedor deba restituir los intereses legales del precio percibido desde el día del pago para evaluar el precio pagado el día de la restitución.

5.5. La restitución de las **prestaciones de hacer o no hacer** indebidamente ejecutadas podría realizarse por medio de una prestación de hacer de sentido inverso o de una prestación de dar consistente en la entrega de una suma de dinero equivalente al valor de la prestación.

5.6. La **pérdida de la cosa** dará lugar a la restitución por valor, en los términos previstos en el artículo 1307 CC, circunstancia que permitiría que se compense el valor de la cosa el día que se perdió, en el estado en el que se encontraba el día de la venta, incluidos los intereses desde el día de la pérdida, con el precio que se pagó (o que se acordó pagar) y los intereses correspondientes.

5.7. La **restitución de las prestaciones continuas** debe ajustarse a la regla prevista en el artículo 1307 CC (relativo a la pérdida de la cosa), que daría lugar a la entrega del «valor que tenía la cosa cuando se perdió». Si se admite esta solución, la restitución de las contraprestaciones se efectuaría con independencia de que éstas sean irrestituibles *in natura* o de tracto sucesivo. Las partes tendrían que restituirse las prestaciones realizadas mediante el pago de su valor en dinero, calculado según apreciación objetiva.

5.8. La **pérdida jurídica** de la cosa debe equipararse a la pérdida física, de forma que el antiguo propietario de la cosa podrá pedir al que la recibió en primera instancia que pague el valor que tenía cuando la enajenó al tercero (en el estado que tenía el día de la venta), más los frutos percibidos hasta entonces y los intereses desde la misma fecha; y el adquirente, el precio y los correspondientes intereses. La regla general es que la nulidad del negocio se puede hacer valer frente a los terceros adquirentes de la cosa por medio de la acción reivindicatoria salvo que éstos la hayan adquirido de forma irrevindicable. Cuando no se pueda ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercero, habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 1307 CC.

6. La excepción a la regla general de la recíproca restitución se encuentra en el artículo 1306 CC. En este precepto se establecen los efectos de la causa torpe, que examina la culpabilidad de las partes con respecto a la ilicitud de la causa. Conforme a lo dispuesto en este precepto: si el hecho en que consiste la causa torpe es culpa de ambas partes, ninguna de ellas tiene derecho a la repetición de lo dado ni puede reclamar el cumplimiento de lo que la otra le hubiere ofrecido (apartado 1º); y si sólo es culpa de una de ellas, ésta no podrá repetir lo que hubiese dado ni reclamar el cumplimiento de lo que se le hubiese ofrecido, y la otra conservará el derecho a la restitución de lo dado, sin obligación de cumplir lo ofrecido (apartado 2º). De este modo, la parte o las partes culpables de la ilicitud causal no tienen derecho de repetición y, en consecuencia, carecen de legitimación activa para ejercitar la acción restitutoria.

6.1. Los sujetos que llevan a cabo un negocio prohibido con causa ilícita serán **culpables de la ilicitud causal** cuando la consientan libremente, esto es, cuando tengan capacidad para consentir (se incluyen las personas jurídicas y se excluyen los menores, incapacitados, enfermos mentales o disminuidos psíquicos); conozcan la ilicitud de su conducta (su consentimiento no esté viciado por un error de derecho); y no pueda exigírseles una conducta distinta (no haya violencia o intimidación). De ahí que la causa ilícita de un negocio prohibido puede ser culpa de una o ambas partes (artículo 1306 CC); o de ninguna de ellas (en cuyo caso se aplicaría el artículo 1303 CC).

6.2. La **imputación de culpas** puede producirse en el momento de la formación del negocio o con posterioridad. En este segundo caso, cabe diferenciar dos situaciones distintas: la torpeza sobrevenida por ineficacia sobrevenida, que afecta a los negocios con causa lícita que se convierten en negocios prohibidos con causa torpe; y la torpeza sobrevenida por prescripción, que se produce cuando nos encontramos ante un negocio prohibido con causa ilícita, en el que, apreciándose un vicio en el consentimiento de una de las partes que le exime de culpa con respecto a la ilicitud causal, prescribe el plazo para hacerlo valer en el ámbito restitutorio. En este último supuesto, cabe afirmar que el plazo de quince años previsto para el ejercicio de la acción restitutoria (artículo 1964 CC) es compatible con el plazo de cuatro años que se establece en el artículo 1301 CC para hacer valer el vicio en el consentimiento que afecta a la causa. Una vez finalizado el plazo de cuatro años para hacer valer el vicio del consentimiento con respecto a la ilicitud causal y así reclamar la restitución de lo entregado la parte o las partes inocentes se convertirían en culpables (y perderían el derecho a la restitución).

6.3. La causa torpe **no afecta a las atribuciones patrimoniales que no sean definitivas**, aquellas que el atributario no reciba para su propio patrimonio, así como las que no deba retener para siempre según el acuerdo. Las prestaciones de garantía (contratos conexos de garantía), las cantidades entregadas para la celebración de un negocio prohibido (contrato conexo en nombre de otro o a favor de tercero) y los derechos de usufructo o de superficie que puedan dar forma a negocios prohibidos con causa ilícita (negocios coligados) admiten repetición aun cuando el negocio sea nulo. De lo contrario, se estaría produciendo una atribución ajena a la causa. En el resto de los casos se defiende que la aplicación de la causa torpe debe aplicarse aun cuando sólo haya cumplido una de las partes; e incluso a los negocios prohibidos de naturaleza asociativa en los que ambas partes sean culpables de la ilicitud causal.

7. La relación de la acción restitutoria con la adquisición *a non domino*, la usucapión y la acción reivindicatoria afecta de manera distinta a los negocios prohibidos con causa lícita o ilícita y torpe; y a los contratos derivados de éstos.

7.1. Cuando un **negocio prohibido con causa lícita** tiene como finalidad abstracta la transmisión de la propiedad de un bien mueble o inmueble, la acción restitutoria concurre con la acción reivindicatoria y la usucapión. En este tipo de relaciones jurídicas, el propietario de la cosa que participó en el negocio prohibido podrá ejercitar la acción reivindicatoria y la restitutoria. La primera puede ejercitarse hasta que finalice el plazo para adquirir la propiedad por usucapión y la segunda mientras que no transcurra el plazo de prescripción de quince años previsto en el artículo 1964 CC. Estas acciones atienden a derechos distintos: la restitutoria, a un derecho de crédito y la reivindicatoria, a un derecho real. Por este motivo, la adquisición de un bien mueble o inmueble por usucapión no excluye la restitución por valor

(artículo 1307 CC). Ahora bien, una vez prescrita la acción restitutoria no es posible el ejercicio de la acción reivindicatoria, puesto que de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto (este supuesto afectaría exclusivamente a la usucapión extraordinaria de bienes inmuebles). Estas relaciones posesorias también afectan a los contratos derivados cuando tengan como finalidad abstracta la transmisión del bien mueble o inmueble recibido en virtud del negocio prohibido. El primer vendedor no puede pedir la restitución *in natura* al sujeto que compró la cosa en virtud del negocio prohibido (revendedor) puesto que ésta obra en manos del tercero con el que se ha llevado a cabo un contrato derivado; lo único que puede hacer es reclamar la restitución por equivalente al revendedor (artículo 1307 CC) o ejercitar la acción reivindicatoria frente al tercero para recuperar el bien, siempre que éste no lo haya adquirido *a non domino* de conformidad con lo establecido en los artículos 34 LH (para inmuebles) y 464 CC (para muebles), y no se haya producido la prescripción de derecho prevista en el artículo 85 C. de Co. (para la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público). El revendedor, por su parte, no podrá ejercitar la acción reivindicatoria ni la restitutoria frente a este tercero salvo que el contrato derivado sea nulo, en cuyo caso podría pedir la restitución de lo entregado (y, en consecuencia, podría restituir físicamente el bien al primer vendedor).

7.2. En el caso de los **negocios prohibidos con causa ilícita y torpe**, la parte culpable de la ilicitud causal no podrá ejercitar la acción reivindicatoria (el artículo 1306 CC lo impide). Cuando son culpables las dos partes, ninguna de ellas puede ejercitar la acción reivindicatoria (las dos adquieren la propiedad por mandato de ley). Sin embargo, cuando la culpa recae exclusivamente sobre una de ellas, sólo adquiere la propiedad de lo recibido la parte inocente (no es necesaria la usucapión o la adquisición *a non domino*). Estas reglas dan mayor seguridad a los contratos derivados de estos negocios prohibidos con causa ilícita.

8. La acción restitutoria es compatible con la acción de responsabilidad civil. El fundamento de la acción restitutoria se encuentra en el cumplimiento de una prestación en virtud de un negocio nulo (ilícito), mientras que el de la responsabilidad civil se sitúa en la realización de una conducta antijurídica (ilícita) que causa un daño que resulta imputable a uno o varios sujetos. Cuando el acto ilícito en el que se apoyan estas acciones tiene forma negocial (es un negocio prohibido), pueden ser compatibles: la acción restitutoria tiene como finalidad el restablecimiento del equilibrio económico entre las partes que han llevado a cabo el negocio; y la acción responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación del perjuicio sufrido mediante la supresión del desequilibrio causado a las partes, esto es, la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. Esta complementariedad permite su acumulación e incluso su compensación cuando estas acciones se ejercitan entre los mismos sujetos. Ello no impide, obviamente, que el negocio prohibido pueda haber

causado daños a terceros ajenos a la relación negocial, cuyas pretensiones se limitarían al ámbito de la acción de responsabilidad civil.

9. **La responsabilidad civil puede ser contractual y/o extracontractual.** La responsabilidad civil extracontractual es compatible con una responsabilidad contractual por dolo *in contrahendo* cuando la infracción de una norma afecte indirectamente a un contrato válido, derivado de un negocio prohibido en el que uno de los infractores imponga a un tercero las condiciones pactadas en el negocio antecedente (nulo). En uno y otro caso, es necesario que una o varias empresas hayan realizado una conducta antijurídica (ilícita) que cause (causalidad material) un daño cierto, real, reparable, actual o futuro, imputable jurídicamente al infractor.

9.1. Cuando una **conducta antijurídica** produce un daño es necesario valorar si el agente dañoso conocía y quería ese resultado (el dolo con respecto a la antijuridicidad de la conducta dañosa). El artículo 1107 del Código Civil, que a nuestro parecer se aplica a las conductas antijurídicas con independencia del origen contractual o extracontractual de las obligaciones, diferencia la responsabilidad del deudor de la obligación de resarcimiento cuya conducta fue de buena fe (sin dolo) de la responsabilidad del deudor que actuó con dolo, esto es, conociendo y queriendo el resultado dañoso. A partir de esta distinción, el agente dañoso que actuó de buena fe responde de los daños «previstos o que se haya podido prever» (daños inmediatos) y el que lo hizo con dolo, «de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación» (daños inmediatos y mediatos). De este modo, *a priori* un negocio prohibido con causa lícita daría lugar al resarcimiento de los daños inmediatos (si las partes no conocían y querían los elementos del ilícito, cabe presuponer que tampoco perseguían un resultado dañoso), mientras que un negocio prohibido con causa ilícita justificaría el resarcimiento de los daños inmediatos y mediatos (el agente o los agentes dañosos conocen y quieren los elementos del ilícito y, en consecuencia, aceptan el resultado dañoso, circunstancia que justifica el mayor alcance de su conducta).

9.2. La **relación de causalidad** entre la conducta y el daño se plantea a partir de la distinción entre la causalidad material (hay que determinar si un hecho ha causado un daño de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones) y la causalidad jurídica o imputación jurídica (criterio jurídico de imputación de la responsabilidad). La causalidad material plantea problemas cuando no resulta sencillo acreditar que un hecho es causa de otro, esto es, cuando hay dudas sobre si se habría producido el resultado igualmente aun faltando la conducta antecedente (o cuando no se puede probar el daño).

9.3. Con respecto a la **causalidad jurídica o imputación jurídica**, habrá que analizar el subsistema de responsabilidad civil aplicable al supuesto de hecho. Las

reglas generales previstas en nuestro Derecho Civil permiten diferenciar al menos tres subsistemas: 1º) el subsistema de responsabilidad subjetiva pura o de culpa probada, aplicable a actividades ordinarias, inocuas, dóciles, no peligrosas, que establece una presunción de inocencia, de modo que serían causas de exoneración la prueba de falta de culpa y la falta de prueba de culpa; 2º) el subsistema de responsabilidad civil subjetiva atenuada o de culpa presumida, aplicable a actividades indóciles, intrínsecamente peligrosas, que establece una presunción de culpa, siendo causas de exoneración la prueba de falta de culpa (fuerza mayor y caso fortuito) y la culpa exclusiva del agente dañoso; y 3º) el subsistema de responsabilidad civil objetiva atenuada o subsistema de causa propia (riesgo) no desmentida por causa ajena, aplicable a actividades indóciles o intrínsecamente peligrosas, que establece una presunción de responsabilidad y sitúa como causas de exoneración la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor extraña al riesgo (fuerza mayor). Sobre esta base, el título de imputación de la responsabilidad civil puede ser la culpa (presunción de inocencia), la culpa modulada por la presencia del riesgo (presunción de culpa) o el riesgo (presunción de responsabilidad).

9.3.1. Si el criterio es la **culpa**, el juicio de imputación objetiva permitiría excluir los eventos que sean ajenos a la actividad del agente dañoso o no sean idóneos para generar el daño. La ajenez del daño conduce al artículo 1105 CC, que excluye la responsabilidad en supuestos de fuerza mayor (imprevisible o previsible, pero en ambos casos, inevitable) y caso fortuito (imprevisible pero evitable). La falta de idoneidad de la conducta para generar el daño concurre -en sentido objetivo- cuando la conducta no incrementa el riesgo de que se produzca el daño, cae fuera del ámbito de la norma en la que se fundamenta la responsabilidad o la producción del daño habría sido descartada como algo extraordinariamente improbable (imprevisibilidad) por un observador experimentado que, contando con los conocimientos especiales del agente dañoso, hubiera analizado la cuestión *ex ante*. La imputación subjetiva se sitúa en la vertiente subjetiva de los denominados «juicios de previsibilidad y evitabilidad». El agente dañoso no puede ser responsable de las consecuencias de su conducta activa u omisiva cuando no tenga capacidad de obrar, desconozca la antijuridicidad de su conducta (error excusable) o no se le pueda exigir una conducta distinta (consentimiento viciado por violencia o intimidación).

9.3.2. Si el título de imputación es el **riesgo**, las referidas causas de exclusión de responsabilidad se verían moduladas, de forma que no estarían exentos los sucesos imprevisibles pero evitables (caso fortuito) de acuerdo con las reglas específicas aplicables al supuesto de hecho concreto.

10. La acción de responsabilidad civil extracontractual puede ejercitarse en el **plazo** de un año «desde que lo supo el agraviado» (artículo 1968.2º CC) y, ello aunque

el acto siga produciendo daños con posterioridad. Cuando la responsabilidad tiene un origen contractual el plazo de prescripción de la acción de reclamación –al igual que sucede en el caso de la acción restitutoria- es de quince años (artículo 1964 CC) desde el día de la celebración del negocio nulo (también es el día en el que se produce el daño). Las diferencias en cuanto al plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual y contractual podrían solventarse en un futuro estableciendo un único plazo que empiece a contar en uno u otro momento en función del origen de la obligación. El ejercicio de las acciones de responsabilidad civil extracontractual o contractual no interrumpiría la prescripción de la acción restitutoria (y viceversa).

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil III*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1983.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La inscripción en el Registro como justo título a efecto de usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLV, 1992, pp. 5-35.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «De la prescripción del dominio y demás derechos reales. Comentario a los artículos 1.940 a 1.960 del Código Civil», ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXV, vol. 1º, Madrid, 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1251-1274.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 18ª ed., Edisofer, Madrid, 2009.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes, *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, La Ley, Madrid, 2010.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson Civitas, Navarra, 2009.
- ALONSO PÉREZ, Mariano, «El error sobre la causa», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. III, Edición Universidad de Navarra, Navarra, 1969, pp. 7-78.
- ALONSO PUIG, José María, «Reflexiones sobre el artículo 1306 del Código Civil», CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 153-172.
- ALONSO UREBA, Alberto, *Elementos de Derecho Mercantil, I, Introducción (concepto, método y sistema)*, Albacete, 1989.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- ARMBRÜSTER, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 134 – Sittenwidrigkeit; Wucher], 2006.
- ARMBRÜSTER, Christian, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5ª ed., Bd. 1 – Allgemeiner Teil (Redakteur: Franz Jürgen Säcker), C. H. Beck, München [§ 138 – Gestzliches Verbot], 2006.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «La libertad contractual y sus límites», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de Contratos*, 2009, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 128-171.
- AURICCHIO, Alberto, *Apunti sulla prescrizione*, Nápoles, 1971.

BADOSA COLL, Ferrán, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

BAKER, Charles David, *Tort*, 6ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1996.

BARCELLONA, Pietro, *Intervento statale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1969.

BELLO JANEIRO, Domingo, *La defensa frente a terceros de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, «Disposición adicional Primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.23ª y 24ª LGDCU, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 1205-1248.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Artículo 8. Nulidad», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 259-270.

BERTOLOTTI, Angelo, «Illegittimità delle norme bancarie uniformi per contrasto con le regole antitrust, ed effetti sui "contratti a valle": un'ipotesi di soluzione ad un problema dibattuto», *Giurisprudenza italiana*, 1997.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000.

BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Parte General, 728, Madrid, 1959.

BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2013.

BOUSIGES, Annie, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat*, thèse, Poitiers, 1982.

CALDERINI, Vincenzo, *Le nullità speciali di diritto commerciale. La nullità delle intese restrittive della concorrenza*, Tesi di Dottorato, Università degli Studi di Napoli "Federico II", 2007-2008.

CAMILLERI, Enrico, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2008.

CAÑIZARES LASO, Ana, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2000.

CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales, *La sociedad civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1984.

CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones*, traduc. DE TARRAGATO Y CONTRERAS, E., ed. Góngora, Madrid, 1922.

CAPITANT, Henri, *Introduction à l'étude du droit civil*, nº 286, 1898.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, T. II, París, 1957, nº115.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Restitución de provechos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, 1987, pp. 1055-1148.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario del artículo 1105 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1989.

- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 6º-3 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), t. I, vol. 1, Edersa, Madrid, 1992.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Invalidez e ineficacia de los contratos con consumidores», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 163-192.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. IV, Reus, Madrid, 1985.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, Común y Foral*, t. I., Introducción y Parte general, vol. 2º, Teoría de la relación jurídica, reimpresión de la 14ª ed. revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, José Luis, Reus, Madrid, 1987.
- CASTRONOVO, Carlo, «Antitrust e abuso di responsabilità civile», *Danno e responsabilità*, nº 5, 2004, pp. 469-470.
- CATALÁ, Nicole, *La nature juridique du payement*, thèse, LGDJ, nº 224, 1961
- CERDÁ OLMEDO, Miguel, «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», *Revista de Derecho Privado*, nº 64, 1980, pp. 1187-1208.
- CIDONCHA MARTÍN, Antonio, *La libertad de empresa*, Thomson Civitas, Madrid, 2006
- CLAUDEL, Emmanuelle, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, presentada en la UNIVERSITE DE PARIS X-NANTERRE U.F.R., el 14 de diciembre de 1994.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, «Art. 1275», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Revista Derecho Privado*, t. XVII, vol. 1-B, Edersa, Madrid.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, *La confirmación del contrato anulable*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis Humberto, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- CRISCUOLI, Giovanni, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.
- CUENCA ANTOLÍN, Delia, «El orden público y la justicia contractual», PRATS ALBENTOSA, Lorenzo (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 2, 1996, pp. 605-626.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1988.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, nº 4, 1982, pp. 987-1085.
- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *El dolo en el Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Reus, Madrid, 1955.

- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general Obligaciones y contratos, Civitas, Madrid, 1988.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de Derecho Mercantil: la empresa y el empresario. Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1978.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, «Comentario al artículo 5», DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio, (dir.), *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DE LOS MOZOS, José Luis, «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», *Revista de Derecho Notarial*, nº 283, Madrid, 1961.
- DE LOS MOZOS, José Luis, «La nulidad de los actos jurídicos», *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, 1983.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín, *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Tecnos, Madrid, 1992.
- DEL CASTILLO CODES, Enrique. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Noticias jurídicas*, diciembre de 2011, (<http://www.noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201112-9425154244285.html>).
- DELL'AQUILA, Enrico, *El contrato en Derecho inglés (aspectos de derecho comparado), Elementos del contrato y vicios de la voluntad*, PPU, Barcelona, 2001.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «De la nulidad de los contratos», (Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil), ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 230-346.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario a los artículos 1.300-1.314», *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 541-571.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario del art. 1.306 CC», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII-2º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 448-456.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Zaragoza, 2005.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
- DELLI PRISCOLI, Lorenzo, *La nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, nota a Cass. 1º febbraio 1999, n. 827.
- DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996.
- DI NANNI, Carlo, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, Napoli, 1984.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, «Par delictum y par causa turpitudinis», *Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado*, el día 5 de mayo de 1990, en el Ciclo dedicado al Prof. JORDANO BAREA, Juan, Madrid, 1991, pp. 173-192.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La prescripción extintiva*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción teoría del contrato*, 6ª ed., Thomson Civitas-Aranzadi, Navarra, 2007.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial V, La responsabilidad civil extracontractual*, 1ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2011.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, vol. I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, vol. III, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Los contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, 9ª ed., quinta reimpresión, Tecnos, Madrid, 2005.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, ROCA I TRÍAS, Encarna y MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit francais suivant l'ordre du Code*, t. I., número 109, 4ª ed., 1841.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Navarra, 1999.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «Las nociones de orden público y buenas costumbres», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, nº 3, 1963, pp. 783-820.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 23, nº 3, 1970, pp. 519-542.

FARJAT, Gérard, *Droit privé de l'économie: Théorie des obligations*, Presses universitaires, 1975.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Forma, objeto y causa/consideration», CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 399-434.

FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, 1998, título original de la obra, FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Berlin Heidelberg New York, 1992.

- FONT GALÁN, Juan Ignacio, *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GALGANO, Francesco, *Historia del Derecho Mercantil*, Barcelona, 1981.
- GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- GALGANO, Francesco, *Il contratto*, Seconda edizione, Cedam, Milano, 2011.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, «Ley alemana occidental sobre “condiciones generales”», *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 384-401.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, *Lecciones de Derecho Civil I. Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias del Código Civil*, t. III, Madrid, 1852.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, *Derecho Mercantil de Obligaciones*, t. I y II Bosch, Barcelona, 2010.
- GENOVESE, Anna, «Disciplina del rapporto obbligatorio regole obbligatorio e regole di concorrenza», OLIVIERE, Gustavo, y ZOPPINI, Andrea (A cura di), *Contratto e antitrust*, Guis Laterza & Figli, Bari, 2008, pp. 131-152.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat*, Paris, 1980.
- GHESTIN, Jacques, *Le contrat: formation, Traité de Droit civil*, Paris, 1988.
- GIRÓN TENA, José, *Apuntes de Derecho Mercantil 1º*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1976.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad Editorial, Madrid, 1995.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 28, nº 1, 1975, pp. 101-204.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil*, t. 1., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 935-983.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Enciclopedia Jurídica Básica*, voz «Nulidad», vol. III, Civitas, Madrid, 1995.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Thèse Paris 1992.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, trad. DE GUSTAVO DE GREIFF, Universidad de Externado, Colombia, 2010.
- GUIZZI, Giuseppe, «Mercato concorrenziale e teoria del contratto», *Rivista di Diritto Commerciale*, nº 1-4, 1999, pp. 67-129.
- GUIZZI, Giuseppe, «A proposito di nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287 del 1990», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1999, pp. 192-197.
- HART, Herbert Lionel Adolphus y HONORÉ, Tony, *Causation in the Law*, University Press, Oxford, 1959.

- HARTKAMP, Arthur S. y TILLEMA, Marianne M., *Contract Law in Netherlands*, Kluwer International, The Hague-London-Boston, 1995.
- HEINE, Günter, «La responsabilidad penal de las empresas: Evolución internacional y consecuencias nacionales», *Anuario de Derecho Penal*, 1996.
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, The Belknap press of Harvard University press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2009.
- HORSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.
- INFANTE RUIZ, Francisco J. y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret*, Barcelona, 2009, <http://www.indret.com/es/>
- JAPIOT, René, *Des nullités en matière d' actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, 1909.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan y JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María, «Tipología de restricciones horizontales: limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria [Art. 1.1.b), 1.1.c), 1.1.d) y 1.1.e) de la Ley 15/2007]», MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ JUAN, Amadeo (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 163-190.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista, «La causa en el sistema del Código Civil español», *Centenario del Código Civil*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1041-1060.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Publicaciones Real Colegio de España, Bolonia, 1988.
- JOSSERAND, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado: teleología jurídica*, trad. SÁNCHEZ LARIOS Eligio y CAJICA, José M., 1946.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil II*, vol. 1º, *Teoría general de las Obligaciones*, trad. por CUNCHILLOS Y MANTEROLA, Santiago, Bosch y Cía, Editores, Buenos Aires, 1950.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, León, *L'ordre public en droit civile interne*, Etudes Capitaint, París, 1939.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 8ª ed., Porrúa, S.A., México, 1995, pp. 285-286.
- LA CHINA, Sergio, «Commento sub art. 33», ALPA, Guido e AFFERNI, Vittorio, *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994.
- LA PRADELLE, Géraud de Geouffre, *Les conflits de lois en matière de nullité*, thèse, LGDJ, nº 91, 1967.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil III*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. I, 3ª ed., revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Dykinson, Madrid, 2003.
- LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law*, Parts I, II and III, Kluwer Law International, 2000.

- LARENZ, Karl, *Derecho Civil*. Parte general, ed. Revista de Derecho privado, 1978, traduc. MACÍAS PICAVEA, Miguel de la edición original alemana LARENZ, Karl, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3ª ed., C. H. Beck'sche de Munich, 1975.
- LAROMBIERE, Léobon, *Théorie et pratique des obligations*, Schmidt Periodicals GmbH, 1997.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1989.
- LIBERTINI, Mario y MAUGERI, Maria Rosaria, «Infringement of competition law and invalidity of contracts», *European Review of Contract Law*, vol. 1, nº 2, 2005, pp. 250-272.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel, «El orden público: módulo general delimitativo», *Estudios homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord.), vol. 1, Universidad de Valencia, Valencia, 1996.
- LO SURDO, Cristina, «Il diritto della concorrenza tra vecchie e nuove nullità», *Banca, borsa e tit. cred.*, nº 2, 2004, pp. 175-220.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- LÓPEZ CASAL, Yuri, «Los contratos ilegales e inmorales en el Derecho Civil alemán», *Revista Judicial*, nº 105, Costa Rica, 2012, pp. 1-12.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María, «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, nº 3, 1990, pp. 851-866.
- LUNA SERRANO, Agustín, «Hacia el abandono de la mención de la causa en la conformación definitiva del contrato», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. II, nº 2, 2010, pp. 140-148.
- MACQUEEN, Hector Lewis, «Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles», *Towards a European Civil Code*, 4th revised and expanded edition (Kluwer Law International 2010), 2014, pp. 1-14, <http://ssrn.com/abstract=2430751>.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007, p. 43-73, <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>, en p. 48.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «El Tratado de Lisboa y la constitución económica», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008, p. 37-68, <http://www.ugr.es/~redce/ReDCEportada.htm>, en p. 40-50.
- MALAUURIE, Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Etude de Droit civil comparé: France, Anglaterra, URSS, Reims, 1953.
- MALAUURIE, Marie, *Le droit civil des restitutions*, cours 1974-1975.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. VIII, 5ª ed., Reus, Madrid, 1950.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. I, 7ª ed., Reus, Madrid, 1956.

- MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, t. III, 8ª ed., Reus, Madrid, 1976.
- MARKESINIS, Basil S., et al, *The German Law of Contracts. A comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», LLAMAS POMBO, Eugenio, (coord.) *Estudios de Derecho de Obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 281-303.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2004, pp. 76-84.
- MAUGERI, María Rosaria, «Invalidità del contratto e disciplina imperativa del mercato», OLIVIERI, Gustavo y ZOPPINI, Andrea, (A cura di), *Contratto en antitrust*, Guis Laterza & Figli, Bari (Italia), 2008, pp. 175-194.
- MAZEAUD, Henri y MAZEAUD León, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, vol. I, Obligaciones: El contrato, la promesa unilateral, EJEА, Buenos Aires, 1978.
- MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, V.G. Müller, Heidelberg, 1997, pp. 261, Mg. 691.
- MEDINA ALCOZ, María, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, pról. PÉREZ DE VARGAS, José, Dykinson, Madrid, 2003.
- MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.
- MESSINEO, Francesco, *Contrato collegato*, Enc. Dir., vol. X, pp. 48 e ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, *La posesión de bienes muebles*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XIX, 1993, pp. 61 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La nulidad de las condiciones generales», *Las nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 193-223.
- MIRONE, Aurelio, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2003.
- MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, t. I, parte general, Librería Bosch, Barcelona, 1987.
- MONTES, Vicente L., *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo: (un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1989.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario de Derecho de la Competencia*, t. XXIV, 1971, pp. 1129-1130.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Posesión y usucapión: estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Junta de Estudios Económicos y Jurídicos y Sociales, Madrid, 1972.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Causa», *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid, 1994.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios del tráfico)», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, fasc. 4, 2006, pp. 1529-1546.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Reflexiones sobre la causa del contrato en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nº 1/2011, Comunicación presentada al Pleno de académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 11 de abril de 2011, pp. 455-476.
- MOSCATI, Enrico, *Pagamento dell'indebitato*, 1ª ed., Commentario del Codice Civile, a cura di SCIAJOLA, Antonio e BRANCA, Giuseppe, Libro IV, (Delle Obbligazioni –arts. 1028-2042), Bologna, 1981.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quinto, Código Civil, XX, Madrid, 1904.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, «Condictio ob turpem vel iniustam causam», *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 7-40.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, t. I. Parte General*, Edersa, Madrid, 2002.
- O'SULLIVAN, Janet & HILLIARD, Jonathan, *The Law of Contract*, Nicola Padfield, Fitzwilliam College, Cambridge, 2006.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «El Título Preliminar de la propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 11-26.
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid Soralla, *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, monografía nº 5, La Ley, Madrid, 2011.
- OTERMANN, Paul Ernest Wilhelm, «Invalidez e Ineficacia de los Negocios Jurídicos», *Revista de Derecho Privado*, Reus, Madrid, marzo, 1929.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier, «Condiciones generales y cláusulas abusivas», REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1307-1442.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», AA.VV., *Centenario del Código Civil*, t. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1616.

- PASSAGNOLI, Giovanni, *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario al artículo 9», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario del art. 10», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, «La acción de nulidad sí prescribe», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (coord.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 225-246.
- PAZ-ARES, Cándido, «Artículo 1.666», *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1996.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, Granada, 2000.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho *antitrust* de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 82, 2010, pp. 165-183.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 83, 2010, pp. 1045-1072.
- PERDICES HUETOS, Antonio B., «Comentario del art. 10», MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley General de Condiciones de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 519-547.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, *Notas a Enneccerus, Derecho Civil I (Parte General)*, vol. II, 3ª ed., 1981, Barcelona, 1944.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG BRUTAU, José, *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Bosch, Barcelona, 1988.
- PUIG FERRIOL, Lluís Puig, «Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *La responsabilidad civil y su problemática actual*, MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (coord.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 887-909.
- PUTTI, Pietro María, *Nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio y otros (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 479-492.

RAMS ALBESA, Joaquín, «El objeto ilícito en los contratos», *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 139-162.

RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a la STS de 20 de mayo de 1985», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 216, 1985.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, «Los sistemas de responsabilidad civil», REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 247-300.

RIPERT, Georges, «L'ordre économique et la liberté contractuelle», *Etudes Geny II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, 1934, pp. 347-355.

RIPERT, Georges, *Le Régime démocratique et le Droit Civil moderne*, 2ª ed., París, 1948.

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949.

ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, t. II, 7ª ed., Barcelona, 1979.

RODRÍGUEZ-SASTRE, Iñigo, «Disposición adicional primera», ODRIOZOLA ALÉN, Miguel (dir.) *Derecho español de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 1173-1221.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte general*, t. I, Civitas, Madrid, 1997.

RUIZ MUÑOZ, Miguel, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid, 1993.

RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)», ALONSO UREBA, Alberto, VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, ALONSO LEDESMA, Carmen, ECHEVARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor y VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge (dirs.), *Los contratos de distribución*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 353-425.

SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, «La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato», *Indret*, Barcelona, 2013, pp. 1-36, <http://www.indret.com/es/>.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho Mercantil*, 18ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.

SANTAMARÍA, Julián, *Comentarios al Código Civil*, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

SANTOS BRIZ, Jaime, *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*, vol. 122, Montecorvo, Madrid, 1966.

- SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentarios al art. 1902», ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 99-560.
- SAVIGNY, Fredrich Carl, *Sistema de diritto romano attuale*, trad. It., III, Torino, 1900.
- SCHRAGE, Eltjo, «Restitution in the new Dutch Civil Code», *Restitution Law Review*, 1994, pp. 208-221.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, «Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici», *Annali di diritto comparato e di studi legislativi*, 1951.
- SCOGNAMIGLIO, Renato, «Collegamento negoziale», *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, 1960.
- SERRANO ALONSO, Eduardo, *La Confirmación de los Negocios Jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1976.
- SIMÓN, Alain, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941.
- SIMONE, Silvia, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle* (Tesi di Dottorato), Roma, 2005.
- SMITH, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Trahan & T. Cadell, Londres, 1776.
- STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negozio giuridico*, Leyer, 1959.
- TEUBNER, Gunther, *Standards und Direktiven in Gneralklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der emperischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Athenäum-Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 8, Frankfurt, a., M., 1971.
- THUROW, Lester C., *Head to head the coming economic battle among Japan, Europe and America*, William Morrow and Company, New York, 1992.
- TIEDEMANN, Klaus, «Responsabilidad Penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho Penal*, 1995.
- TREITEL, Gunter Heinz, *The law of contract*, 9ª ed., Londres, 1995.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, María del Rosario, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «Los contratos ilegales en el Common Law», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, fasc. 1, 2002, pp. 115-162.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Determinación del contenido del contrato: presupuesto y límites de la libertad contractual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, *Illicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- VICIANO PASTOR, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- VON TUHR, Andreas, *Tratado de las obligaciones*, trad. y concordado por ROCES SUÁREZ, Wenceslao, t. II, Reus, Madrid, 1934.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 54, 2001, pp. 547-679.