

Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español. (Aproximación a la sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)*

MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. *Las anomalías del contrato, invalidez e ineficacia:*
1. Consideración general. 2. «Anomalías» del contrato, irregularidades, ineficacia e invalidez: precisiones conceptuales.—II. *Inexistencia contractual:* 1. Inexistencia e invalidez. 2. Inexistencia contractual: A. La categoría de la inexistencia. Casos. B. Régimen jurídico. 3. No incorporación al contrato.—III. *Tipos de invalidez:* 1. Modalidades de invalidez. 2. Nulidad: A. Las causas de nulidad del contrato. B. Las consecuencias de la nulidad del contrato. C. Nulidad sobrevenida. D. La confirmación del contrato. E. La conversión del contrato nulo: a) Admisibilidad de la conversión. b) Conversión y autonomía de la voluntad. c) Ámbito de aplicación de la conversión. d) Cómo opera la conversión. F. Ámbito de la nulidad: a) Propagación de la ineficacia. La nulidad parcial. b) Nulidad parcial. c) Propagación de la invalidez. d) Lo decisivo es la voluntad de las partes. e) Cómo se hace valer la nulidad parcial. f) La nulidad parcial sólo es posible en defecto de la sustitución de cláusulas ordenada por la ley y de la conversión. 3. Anulabilidad: A. La anulabilidad de los contratos. B. Causas de anulabilidad: a) Consideración general. b) Contrato celebrado por un incapaz: i) Es necesario que se haya producido una lesión. ii) Contratos celebrados por menores. iii) Falta

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Profesor Gabriel García Cantero, titulado *Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Grupo de Pavia*.

de consentimiento. Contratos celebrados por incapaces e incapacitados: i') Distinción de supuestos. ii') Necesidad de que la falta de capacidad sea aparente. iii') ¿Realización de actos corrientes de la vida por los incapaces? iv) La restitución en los contratos celebrados por incapaces. v) Situación de los terceros que han garantizado el contrato celebrado por un incapaz. c) Contrato viciado por un error: i) Consideración general. ii) Error de una de las partes. i') Error vicio del consentimiento: i'') Error esencial («dolo», en Derecho español). ii'') Engaño procedente de un tercero («dolo de tercero»). iii'') Error provocado que afecta a un elemento no esencial («dolo no esencial»). iv'') Error no provocado («error» en Derecho español). v'') Error y buena fe. ii') Error obstativo. iii) Error común de los dos contratantes. d) Contrato viciado por intimidación: i) Intimidación. ii) La amenaza de ejercitar un derecho. iii) Temor reverencial. e) Supuestos previstos en los artículos 67 y 68. C. Las consecuencias de la anulación del contrato. D. Las excepciones a la regla de la restitución en los casos de imposibilidad o excesiva onerosidad. E. La indemnización de daños a cargo de quien provocó la causa de anulación. F. Legitimación para hacer valer la anulabilidad: a) La anulabilidad es una nulidad relativa. b) La interpelación al legitimado para que declare si pretende solicitar la anulación. G. Privación de la legitimación a quien no puede restituir. H. Cómo se hace valer la anulabilidad: a) No es necesario el ejercicio de la acción. El acuerdo extrajudicial. b) La acción de anulación. c) La anulación como excepción. I. Plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad: a) El plazo es de prescripción. b) ¿Qué prescribe? c) *Dies a quo*. J. Conservación del contrato. K. La confirmación del contrato. L. La anulabilidad parcial.—IV. *La ineficacia contractual*: 1. Consideración general: concepto, clases y modo de operar. A. Concepto. B. Clases: a) Ineficacia «por voluntad de las partes o por disposición legal»: i) Ineficaz por voluntad de las partes. ii) Ineficacia por disposición legal. b) Ineficacia temporal o definitiva. C. Modo de operar. 2. La inoponibilidad como tipo de ineficacia: A. Concepto y clases. B. Modo de operar de la inoponibilidad. 3. Especial referencia a la simulación y a la reserva mental: A. Simulación: a) Efectos de la simulación. b) La simulación y los terceros. B. Reserva mental.—Anexo: *Traducción de la sección 1 del título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos*.

I. LAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO, INVALIDEZ E INEFICACIA

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

Para poner de relieve la dificultad de esta materia conviene recordar que en Derecho español las opiniones doctrinales sobre las cuestiones de invalidez e ineficacia no son uniformes. Por el contrario, existen diversas posturas para explicar los confusos

datos legales del Código Civil sobre nulidad e ineficacia de los contratos ¹.

En este comentario voy a ocuparme de la regulación de la invalidez y la ineficacia proyectada en el anteproyecto de Código Europeo de contratos ². La perspectiva desde la que se aborda esta materia es la del Derecho español. De lo que se trata es de exponer el régimen del anteproyecto de Código Europeo comparando los supuestos de los que se ocupa y las consecuencias previstas para cada uno de ellos confrontando las soluciones con las que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, pueden calificarse como propias de nuestro Derecho vigente. El comentario que aquí se lleva a cabo presupone que el lector conoce los términos en los que habitualmente se plantean las polémicas o existen discrepancias, así como el sentido de las principales opiniones en materia de nulidad. La falta de uniformidad doctrinal lleva consigo la imposibilidad de confrontar el contenido del anteproyecto de Código Europeo con un sistema monolítico en el que las soluciones aparezcan con seguridad. En consecuencia, a lo largo de este comentario, se va apuntando cómo la regulación proyectada, o bien inclina en ocasiones a favor de una u otra postura doctrinal o bien introduce categorías o soluciones desconocidas para la doctrina española.

2. «ANOMALÍAS» DEL CONTRATO, IRREGULARIDADES, INEFICACIA E INVALIDEZ: PRECISIONES CONCEPTUALES

El Código Europeo se refiere a las «anomalías» del contrato y considera como tales a la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad. En la doctrina española, al

¹ En general, en todo el trabajo sigo, respecto del Derecho español, las ideas de *Las nulidades de los contratos*, de DELGADO, J. y PARRA, M. A., Zaragoza, 2003 (<http://www.unizar.es/derecho/nulidad> y <http://www.codigo-civil.net/nulidad>). La redacción de este Manual y su publicación en la red forma parte de las acciones del Proyecto de investigación «Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos», BJU2002-01178, financiado por la CICYT (2002-2005), dirigido por Jesús Delgado, y de cuya obra anterior (desde «La anulabilidad», *ADC*, 1974; hasta la 2.ª ed. de su comentario a los artículos 1.300-1.314 CC. en Edersa, Madrid, 1995; pasando por sucesivas ediciones de los *Elementos de Derecho civil* de J. L. LACRUZ BERDEJO) han partido los autores.

² En general, sobre el anteproyecto, *vid.*, GARCÍA CANTERO, G., «El anteproyecto de Código Europeo de contratos –Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía», en *Derecho Privado Europeo* (S. Cámara, coordinador), Colex, Madrid, 2003. pp. 205 ss. *Id.*, además, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002, realizada por un grupo de profesores bajo la dirección de G. García Cantero (pp. 299 a 396).

hablar de anomalías del contrato no se trata de los temas de invalidez e ineficacia sino de la deformación del tipo contractual por voluntad de los sujetos para escapar de la regulación legal. En particular, se incluyen dentro de las anomalías los negocios fiduciarios, simulados, indirectos y en fraude³. Pero, puesto que no se trata de explicar las categorías del proyecto de una manera sistemática desde su exclusiva contemplación, parece preferible tratar de aproximarse a la regulación del proyecto desde una perspectiva conocida para el jurista español, donde la materia de la que me ocupo suele analizarse, precisamente, bajo la rúbrica de nulidad e ineficacia. De esta manera pueden valorarse y apreciarse las innovaciones que el anteproyecto de Código Europeo supone respecto de nuestro sistema jurídico.

En particular, el anteproyecto de Código Europeo dedica el título XI de la Parte General a «Otras anomalías del contrato y sus remedios». No es fácil explicar que el título IX se refiera a «otras» anomalías, aunque cabe aventurar que se considera anómala toda vicisitud o extinción de la obligación que no sea su cumplimiento. Al cumplimiento del contrato se refiere el título VII, al incumplimiento, el título VIII, a la cesión del contrato el título IX y, como he dicho, a «otras» anomalías, el título IX. Es como si, además de la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad, que son «otras anomalías» de las que se ocupa el título IX, también se consideraran como anomalías el incumplimiento o la cesión del contrato. No parece muy exacto calificar de anomalías supuestos tan heterogéneos. La sistemática del título XI tampoco es perfecta. De las anomalías se ocupa en su primera sección y de los remedios en la segunda. No existe, sin embargo, coherencia lógica entre ambas secciones, porque los «remedios» no lo son de las «anomalías». En efecto, la sección 1 («Anomalías»), comprende los artículos 137 a 155 y, aunque en ninguno de ellos se define qué debe entenderse por anomalías del contrato, se ocupa expresamente de la inexistencia, la no incorporación, la nulidad, la anulabilidad, la nulidad parcial, la ineficacia y la inoponibilidad. La sección 2 («Remedios»), comprende los artículos 156 a 172, que no se ocupan exclusivamente de las consecuencias de las anomalías del contrato. Tan sólo en los artículos 160 y 161 se atiende a la restitución de las prestaciones, que es una de las consecuencias de la invalidez, pero no sólo para los casos de «contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz»,

³ Por todos, por su autoridad, De Castro, F., *El negocio jurídico*, edición facsímil de la edición original de 1971, Civitas, Madrid, 1985, pp. 329 ss.

sino también para cuando el contrato sea «resuelto o rescindido». Otros contenidos de la sección 2 son: la manera en que puede producirse o evitarse la ineficacia sobrevenida del contrato en relación con diversos supuestos que el propio Código ha previsto en otros títulos y secciones (así, la rescisión por lesión –arts. 30.3 y 156–, la renegociación del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias en las que se celebró –arts. 97 y 151–, la resolución del contrato por incumplimiento –arts. 107, 114 y 158–, la resolución por el consumidor del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil –arts. 9 y 159–), el contenido de la responsabilidad contractual por incumplimiento o defectuoso cumplimiento (así como el daño indemnizable, la valoración del daño, la posibilidad de que las partes hayan anticipado su fijación mediante cláusula penal, medidas cautelares, arbitraje).

Fundamentalmente, el objeto de análisis y exposición de este trabajo es la sección 1 del título XI, «Anomalías» que, como he dicho, se ocupa tanto de la inexistencia, la nulidad o la anulabilidad como de la ineficacia. También al referirse a la restitución en la sección 2 el anteproyecto de Código Europeo utiliza los términos «ineficaz» –artículo 160: junto a los de inexistente, nulo, anulado, resuelto o rescindido– e «ineficacia» –artículo 161: junto a los de inexistencia, nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, rescisión y resolución–.

Para el Derecho español, es seguro que no toda irregularidad (o anomalía, o defecto) del contrato da lugar a su invalidez ⁴ y que no existe una absoluta correlación entre irregularidad del contrato e ineficacia ⁵: no sólo existen irregularidades contractuales absolutamente irrelevantes (el miedo reverencial, el error en la persona que no haya sido la causa principal de la celebración del contrato), sino que existen irregularidades que llevan aparejada una sanción diferente de la invalidez (por ejemplo, una sanción administrativa o penal). Pero la doctrina, en cambio, no está de acuerdo acerca de la distinción entre nulidad e ineficacia: junto a quienes niegan la utilidad de la distinción ⁶, otros autores parten de ella para desig-

⁴ V. LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1, nueva edición revisada por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, p. 540.

⁵ V. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 453.

⁶ Díez-PICAZO, que en 1970 afirmaba que «la distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible», en 1993 sustituye este calificativo por el de «útil» (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1970, p. 289 y 4.ª ed., 1993, p. 431 y lo mantiene en la 5.ª ed., 1996, p. 457). VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Illicitud contractual. Supuestos y Efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 322 ss.) siguiendo a Díez-Picazo, niega la utilidad de la distinción entre invalidez e ineficacia; la invalidez le parece una categoría artificial, de carácter lógico-dogmática que se mueve sólo en el plano teórico; dice que las

nar, con el término ineficacia la ausencia de producción de los efectos del contrato y con el de invalidez a la sanción que resulta de la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido ⁷. De esta forma, creo que debe sostenerse que, en Derecho español, los contratos inválidos son ineficaces, pero también hay contratos válidos ineficaces. Esta última postura me parece preferible porque así pueden explicarse algunos fenómenos del Derecho Patrimonial, como la usucapión ordinaria, que requiere título válido pero ineficaz (art. 1.953 del Código Civil), o los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que requiere la validez del acto adquisitivo del tercero protegido, o la situación de los contratos celebrados sin el poder de disposición exigible (venta de cosa ajena, venta por uno solo de los comuneros...). Ahora bien, aun admitiendo la categoría de la ineficacia como algo distinto de la invalidez, la ineficacia carece en Derecho español de un tratamiento unitario, si bien la expresión «no surtirá efectos», «ineficaz» o equivalentes son utilizadas en supuestos en los que se excluye la invalidez (arts. 1.230 o 1.334 del Código Civil) ⁸. De forma parecida, en el anteproyecto de Código Europeo la ineficacia se configura como un tipo de anomalía del contrato previsto para contratos válidamente celebrados pero que no producen los efectos jurídicos que pretendían alcanzar. Lo que sucede es que la delimitación de los supuestos que el Código califica como de ineficacia incluye algunos que, en nuestro Ordenamiento, llevan aparejada la invalidez (así, para los casos de simulación).

nuevas formas de sanción previstas para los contratos ilegales en las leyes especiales hacen que se resienta la categoría de la invalidez (posibilidades de rescisión, renuncia o desistimiento unilateral como remedio frente a la ilegalidad). Es cierto que estas consecuencias suponen una revisión de la teoría general del contrato pero, en mi opinión, por lo que aquí interesa, sólo ponen de relieve que las categorías son móviles, es decir, que ni su contenido ni sus presupuestos vienen fijados de antemano y el legislador puede establecer formas de invalidez dirigidas a proteger a una sola de las partes (al consumidor, por ejemplo), aunque no haya falta de capacidad o vicio del consentimiento, sino incumplimiento de una exigencia legal (forma escrita, por ejemplo). Es un error pensar que el legislador está atado, a la hora de establecer un sistema de invalidez, por el contenido de las categorías que de invalidez recoge el Código Civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de que una de las partes, sin que exista invalidez (por ejemplo, para las ventas fuera de establecimiento), pueda «resolver» unilateralmente el contrato (o «desistir» del contrato) no debe explicarse en términos de invalidez sino, precisamente como un tipo de ineficacia o, en todo caso, como un fenómeno de «temporización» en el proceso de formación del contrato, de tal manera que el contrato no despliega toda su eficacia contractual sino cuando ha pasado el plazo durante el que puede desistir (García Cantero, G., «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 13, 1992, pp. 37 ss.).

⁷ Por todos, LACRUZ, J. L., *Elementos*, II-1, 1999, p. 537.

⁸ Lo pone de relieve LACRUZ, J. L., *Elementos*, II-1, 1999, p. 538.

II. INEXISTENCIA CONTRACTUAL

1. INEXISTENCIA E INVALIDEZ

El panorama doctrinal y jurisprudencial es especialmente problemático a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la inexistencia como categoría. El Tribunal Supremo español utiliza habitualmente el término «inexistencia» referido a contratos que no reúnen los requisitos del artículo 1.261 (especialmente para los casos de simulación), reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del artículo 6.3 del Código Civil, pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante⁹. Los planteamientos de la doctrina francesa e italiana acerca de la inexistencia del contrato tuvieron algún eco en España, si bien, suele advertirse que el concepto de inexistencia carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades¹⁰. Delgado ha defendido que la «inexistencia» no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad¹¹. Para Díez-Picazo, desde este punto de vista, la categoría de la inexistencia tal vez pueda ser mantenida¹².

La revalorización de la inexistencia se ha planteado por Gordillo, no como tipo de ineficacia, sino como una posible situación o calificación peculiar del supuesto de hecho negocial, concretamente como «inexistencia racional o lógica», por defecto de los

⁹ Lo explica así DELGADO ECHEVERRÍA («Comentario a los artículos 1.300 a 1.314 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. XVII, vol. 2, 2.ª edición, Madrid, 1995, p. 306), a quien sigo en el texto.

¹⁰ DE LOS MOZOS, J. L., «La inexistencia del negocio jurídico», *RGLJ*, 1960-1, pp. 486 ss. y, más tarde, del mismo autor, «La nulidad de los actos jurídicos», en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, 1983, pp. 481 ss.; también en *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 570-572. Con posterioridad, Pasquau Liaño, M., ha insistido en que la nulidad, como sanción jurídica, presupone la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano estricto del supuesto de hecho (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 161 ss.).

¹¹ Aclara, por ejemplo, que puede entenderse que es precisamente para evitar esta utilización por lo que el artículo 34.2 de la Ley de Sociedades Anónimas incluye el término «inexistencia» junto a los de «nulidad» y «anulación», del siguiente modo: «Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni tampoco acordarse su anulación». No consagra con ello la «inexistencia» como una categoría de ineficacia o invalidez, sino que establece una cláusula de cierre para evitar que en la práctica se salten los límites del artículo 34-1 que, en cumplimiento de las Directivas Europeas, establece un *numerus clausus* muy rígido de causas de nulidad.

¹² *Fundamentos*, I, 1996, p. 456.

elementos genéricos del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa) ¹³.

La confusión en torno a la categoría de la inexistencia en Derecho español se extiende a los supuestos que se incluyen en la misma y en los efectos ¹⁴. La jurisprudencia ha tratado como casos de inexistencia: la simulación absoluta, la falta de objeto (por falta de determinación suficiente, art. 1.273 del Código Civil, o de imposibilidad, art. 1.272 del Código Civil), la falta de voluntad o consentimiento ¹⁵. Por lo que se refiere a los efectos, se ha defendido que los supuestos de inexistencia no admiten un mismo criterio de tratamiento o cauce de ineficacia ¹⁶, pero también que la inexistencia es sólo una de las posibles causas de nulidad ¹⁷. La jurisprudencia, por su parte, tiende a equipararla a la nulidad absoluta ¹⁸.

Frente a esta situación, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos contiene una regulación expresa de la inexistencia en los artículos 137 y 138. La inexistencia se configura como un tipo de anomalía contractual consistente en la ausencia de un mínimo esencial que pueda ser identificado como contrato. Aunque, al igual que sucede con la nulidad, la inexistencia determina la ausencia de efectos, hay algunas diferencias de régimen jurídico entre la inexistencia y la nulidad, a las que me refiero a continuación

¹³ GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1990, en particular pp. 957-960 y 970. También, Carrasco Perera, A., en «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. I, vol. 1.º, p. 782, nota 26. También recoge su teorización Morales Moreno, A. M., «Comentario al artículo 1.265 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, 2.ª ed., Edersa, t. XVII, vol. 1.º B, p. 218 y nota 16.

¹⁴ Aun admitiendo la distinción entre inexistencia y nulidad la doctrina señala que es difícil encontrar casos claros de contratos inexistentes (Vázquez de Castro, *Ilicitud contractual*, p. 342).

¹⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual*, p. 343.

¹⁶ Algunos encajan perfectamente en el de la nulidad; otros se adaptan al de la anulabilidad; algún otro tiene legalmente previsto régimen específico y singular; finalmente, en ocasiones, el legislador... adopta medidas y ofrece criterios para evitar la inexistencia, y con ella la ineficacia que de la misma debería seguirse» (Gordillo Cañas, A., loc. cit.).

¹⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Ilicitud contractual*, pp. 44 y 45 y 326 a 347), habla de la acción de nulidad por inexistencia cuando el contrato carece de uno de sus elementos esenciales, conforme al artículo 1.261 del Código Civil o alguna norma distinta para contratos especiales; distingue el supuesto de inexistencia de nulidad radical de la siguiente manera: la nulidad radical es un efecto que puede proceder tanto por causa de inexistencia como de ilegalidad del contrato pero, así como la consecuencia necesaria de la inexistencia siempre es la nulidad radical o de pleno derecho, la ilegalidad de un contrato, es decir, la contravención de una norma imperativa puede llevar aparejada como sanción la nulidad de pleno derecho o bien otras sanciones distintas y más flexibles (la nulidad parcial, o una sanción administrativa, por ejemplo).

¹⁸ Un análisis jurisprudencial en PASQUAU LIAÑO, M., «Artículo 1.261», en «Jurisprudencia civil comentada», t. II, dirección M. Pasquau, Comares, Granada, 2000, pp. 2160 ss.

con más detalle pero que, en definitiva, se relacionan con la idea de que la inexistencia, más que constituir un tipo de invalidez o de ineficacia hace referencia a la formación (frustrada) del supuesto de hecho.

2. INEXISTENCIA CONTRACTUAL

A. *La categoría de la inexistencia. Casos*

El artículo 137.1 del Código Europeo contiene una descripción general del supuesto y el artículo 137.2 una enumeración de casos que, en particular, se consideran como inexistencia.

La descripción del artículo 137.1 parece tener que ver con la apariencia, con la existencia de un mínimo esencial que permita hablar de un cierto acontecimiento como contrato: «No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato». Quizás, puesto que la noción de contrato es legal¹⁹, no sea muy acertada la referencia a la «noción social de contrato», que deberá interpretarse en el sentido de que socialmente, la mayoría de las personas que observaran el hecho, el acto, o la situación, entenderían que no había llegado a producirse el acuerdo en que consiste el contrato para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones. Ahora bien, parece seguro que la discusión no se producirá cuando no exista una apariencia en absoluto.

Puesto que, de acuerdo con el artículo 140.1.c) del anteproyecto de Código Europeo, es nulo el contrato cuando falte alguno de los elementos esenciales (acuerdo, contenido, forma), puede resultar difícil determinar si debe apreciarse inexistencia o nulidad. Para los casos de duda el artículo 137.3 establece que se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

La enumeración del artículo 137.2, de carácter ejemplificativo, incluye los siguientes supuestos:

– «a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto –como un concebido o una sociedad

¹⁹ Conforme al artículo 1 del Código Europeo, «el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte» (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

anónima antes de su inscripción— y mientras llega a existir»²⁰; la regla se refiere a la falta de capacidad del destinatario de la oferta, aun antes de que se produzca una apariencia de aceptación pero, en realidad, si el contrato es un acuerdo entre las partes, en ausencia de aceptación no hay contrato, por lo que, si se quiere reconocer sentido a la regla hay que entender que, en estos casos, aun de haber aceptación, no habrá contrato;

La referencia a la ausencia de capacidad debe ponerse en relación con los artículos 146 y 150, que sancionan con anulabilidad los casos de «incapacidad de una parte» (menores e incapaces): la inexistencia queda reservada a la falta de personalidad jurídica o capacidad jurídica, y la anulabilidad a los casos de capacidad de obrar limitada;

Si el destinatario de la oferta lleva a adquirir personalidad jurídica (el concebido nace, la sociedad se inscribe) desaparece el obstáculo de la falta de capacidad jurídica y, producida aceptación (por sus representantes u órganos) se entenderá que el contrato existe: si esa aceptación se produjo antes de que adquiriera personalidad jurídica por las personas que luego los llegan a representar habrá que entender que el contrato existe desde que se produjo la aceptación (de forma parecida a lo previsto en el Derecho español en el artículo 627 del Código Civil);

– «b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad»; al igual que el apartado anterior, la regla sólo contempla la declaración de una de las partes, centrándose en este caso en la falta de objeto de la oferta: si no hay contenido de la oferta no podrá haber contrato, aunque haya aceptación; en realidad, si la oferta carece de objeto será una declaración de voluntad que no valdrá como verdadera oferta y será irrelevante para la conclusión de un contrato;

– «c) si la aceptación —con independencia de lo previsto en el artículo 16, apartados 6 y 7— no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última»; la falta de concordancia entre la oferta y la aceptación excluye que haya contrato, salvo, como recoge el artículo 16 al que se remite este precepto, que la aceptación constituya una nueva oferta que sea aceptada por el inicial oferente o que la aceptación contenga una modificación de aspectos no sustanciales de la oferta sin que el autor de ésta comunique su desacuerdo y, en consecuencia, pueda entenderse que las acepta;

²⁰ Para el Derecho italiano, sobre este supuesto, Galgano, F., *El negocio jurídico*, trad. española, 1992, p. 261.

– «d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles»; también se refiere literalmente el precepto a una sola de las declaraciones, pero como el contrato es un acuerdo hay que entender que la inexistencia se refiere en este apartado al carácter incompleto del contrato porque se produce la aceptación de una oferta que no reúne los elementos esenciales (por ejemplo, venta sin precio o sin identificación del objeto vendido).

B. Régimen jurídico

En principio, la situación de «inexistencia» es la misma que la del contrato nulo. En efecto, bajo el título de «situación derivada de la inexistencia», el artículo 138 del anteproyecto de Código Europeo prevé que: «la inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 ²¹ y de la responsabilidad por daños prevista en

²¹ «Artículo 160. *Restitución.*

1. Al margen de lo previsto en el apartado 9, las partes a cuyo favor se hayan realizado prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, resuelto o rescindido están obligadas a restituirse recíprocamente lo que han recibido, como prevé este artículo. Pueden negarse a la restitución si la contraparte no ha adoptado medidas en este sentido o no ha ofrecido hacerlo.

2. La solicitud de restitución debe efectuarse enviando a la contraparte legitimada una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36.2. Pero, con el fin de dar posibilidad a las partes de resolver extrajudicialmente la cuestión, ninguna acción debe interponerse antes de que hayan transcurrido seis (seis) meses desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. En principio la restitución debe efectuarse en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el sujeto que debe realizarla, o bien cuando, teniendo en cuenta el interés de la contraparte, no es beneficioso para ésta a la vista del estado de conservación de la cosa objeto de la restitución. En situaciones similares a las descritas, la restitución debe efectuarse pagando a la contraparte una suma de dinero razonablemente equivalente, cuya cuantía, en defecto de acuerdo entre las partes, será fijado por el Juez como deuda de valor, conservándose la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo compensatorio de las restituciones que recíprocamente se deben las partes.

4. El sujeto que tiene derecho a la restitución, aun siendo posible en forma específica, puede optar entre ésta y una suma de dinero, fijada conforme establece el apartado 3.º, a menos que la primera opción sea contraria a la buena fe.

5. Si se trata de restituir una suma de dinero, deben añadirse los intereses, y, cuando proceda, una suma suplementaria en concepto de la actualización: a contar desde el día en que la prestación en dinero ha tenido lugar si quien la ha recibido procedía de mala fe y, a contar desde que la restitución ha sido solicitada, si estaba de buena fe. Si se trata de la restitución de una cosa, se deberá una cantidad de dinero por su uso y depreciación –a la

el artículo 161»²². No puede afirmarse, sin embargo que la inexistencia sea una causa de nulidad referida al supuesto de hecho contractual y a la que le es aplicable el mismo régimen jurídico porque en el Código se ha querido configurar la inexistencia como una categoría distinta de la nulidad.

¿Qué utilidad tiene entonces mantener la distinción entre inexistencia y nulidad? A la vista del texto del anteproyecto de Código Europeo me parece que hay dos diferencias:

– En primer lugar, que los contratos nulos serían susceptibles de conversión y los inexistentes en cambio no: cfr. artículo 145, que regula la conversión del contrato nulo con el artículo 137.2.d), que contempla como un supuesto de inexistencia como contrato al hecho, acto, declaración o situación que, existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuirseles valor jurídico a las declaraciones como tipo contractual diferente y más reducido; si pudiera hacerse esto último, el contrato no sería inexistente sino nulo y procedería la conversión²³; además, el artículo 138.2 establece que la inexistencia «no es susceptible de ninguna regularización o

que hay que añadir los intereses y, cuando proceda, la actualización— suma que, en defecto de acuerdo entre las partes, fijará el Juez.

6. Los intereses se deben conforme dispone el artículo 169.3. El cálculo de la actualización se efectuará como prevé el artículo 169.4.

7. Si la prestación cumplida en plazo consistía en una actividad lícita realizada en provecho de la contraparte, el prestador del servicio tiene derecho a una remuneración equitativa, que, en ausencia de acuerdo entre las partes, fijará el Juez; queda a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio en la forma prevista en el apartado 3 *in fine* de este mismo artículo.

8. El incapaz debe restituir la prestación efectuada en su favor dentro de los límites previstos en el artículo 150.4.

9. No tienen derecho a las restituciones previstas en este artículo quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público —pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico— ni, tampoco, la parte que ha efectuado una prestación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmoral o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones» (traducción de M.^a T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

²² «Artículo 161. *Protección de terceros*.

1. En todos los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución, cada parte es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber confiado de buena fe en la apariencia del contrato, si el acto en cuestión ha tenido un efecto diferente o ningún efecto.

2. «La reparación del daño se regula por los artículos 162 ss., en cuanto sean compatibles» (traducción de M.^a T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

²³ Sobre la conversión y la inexistencia v. Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, Bosch, 1993, p. 124.

corrección», mientras que para algunas hipótesis de contrato nulo, además de la conversión, el Código recoge la posibilidad de confirmación (art. 143).

– En segundo lugar, la declaración de inexistencia no está sujeta a plazo de prescripción, a diferencia de la declaración de nulidad; es cierto que la situación de inexistencia se produce, al igual que la nulidad «por el solo hecho de concurrir esas circunstancias», pero así como para hacer valer la nulidad hay un plazo de prescripción de diez años desde la celebración del contrato (art. 141.2: aunque ya veremos que este plazo se refiere, en realidad, a la acción de restitución), el artículo 138.2 establece para los casos de inexistencia que «cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato».

Puesto que, como he advertido, a pesar del tenor literal del artículo 137.1, no se plantearán problemas cuando no exista en absoluto apariencia de contrato, la declaración judicial de inexistencia del contrato puede ser conveniente en los casos en que exista una apariencia mínima de contrato que se quiere destruir o, sobre todo, para oponerse a una pretensión de cumplimiento de la otra parte, o para lograr la restitución de cosa que se entregó en virtud de contrato inexistente. La declaración judicial sólo será una constatación oficial, frente a todos, de la inexistencia, porque la situación derivada de la inexistencia se produce por el hecho de concurrir las circunstancias a que se refiere el Código (art. 138.1).

Pero en sede de inexistencia, y al igual que sucede en los demás supuestos de anomalía, el precepto propicia que las partes alcancen ese resultado extrajudicialmente. Se establece que «no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración». La declaración debe ir dirigida «a quien deba constarle»: no dice el artículo «a la otra parte» porque, por hipótesis, no existe contrato. Será a quien se comporte como si existiera o pretendiera asignarle algún efecto.

En el caso de la inexistencia, a diferencia de lo que sucede en las demás anomalías previstas en el Código, como no existe plazo de prescripción ni para la declaración ni para el ejercicio de la acción, la posibilidad de esta última no queda dificultada por la regulación sobre el acuerdo extrajudicial.

La ausencia de plazo será, entonces, tanto para el ejercicio de una acción como para la oposición de la correspondiente excepción

para el caso de que alguien exigiera una prestación derivada de un supuesto contrato inexistente. ¿Y si se hubiera realizado ya una prestación en ejecución de un contrato inexistente? A diferencia de lo que sucede en los demás supuestos de anomalía, no se distingue en anteproyecto de Código Europeo entre «contrato» cumplido y no cumplido, pero el propio Código establece la consecuencia restitutoria en el artículo 138.1. Parece lógico concluir que, entonces, tampoco habrá plazo para solicitar la restitución basada en la inexistencia en cualquier plazo, previa constatación de esta situación. Siempre que, por aplicación de las reglas aplicables sobre adquisición por usucapión, que quedan fuera del ámbito del anteproyecto de Código Europeo, no se haya consolidado la adquisición.

Finalmente, el Código establece que, «para los casos que no admitan demora», «queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172» (cfr. con el art. 141.2, para la nulidad, 144.4, para la nulidad parcial, 148.3 para la anulabilidad, 153.6 para la ineficacia y 154.2 para la inoponibilidad). Se trata de medidas cautelares y de garantía dirigidas a lograr que no se frustre el resultado del pleito ²⁴.

3. NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO

El artículo 139 ordena la aplicación del artículo 138 («situación derivada de la inexistencia») «cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas».

²⁴ «Artículo 172. *Medidas cautelares y asuntos sumarios.*

1. En los supuestos expresamente previstos por este Código y en todos los demás en los que el derecho o las legítimas expectativas de la parte no responsable estén amenazadas o a punto de estarlo, o comprometido o impedido su ejercicio, por acciones, omisiones o hechos que le afectan y que ya se han producido y o que es razonablemente previsible pensar que se produzcan, el Juez puede, a requerimiento de esta misma parte, adoptar las medidas siguientes, susceptibles de ejecución forzosa, en base a las normas procesales del lugar donde las mismas se toman:

a) una inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o abstenerse de omisiones ya realizadas o temidas; si procede, le impone que preste también una garantía adecuada a los daños ya producidos o que se teme que se produzcan; fija, además, un plazo para que se cumpla su decisión; puede incluso hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

b) una conminación, por la que ordena a la contraparte el cumplimiento *in natura* de una prestación de dar o de hacer; si procede puede imponer a esta última que preste también una garantía adecuada a los daños producidos o que se teme que vayan a producirse; fija, además un plazo para que se cumpla su decisión; incluso puede hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Dejando a salvo el cumplimiento de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, el requerimiento debe dirigirse al Juez competente para adoptar las medidas de urgencia en el lugar en el que la inhibición o la conminación deba ser ejecutada» (traducción de M.^a T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

En el texto original, en francés, la rúbrica del artículo es la expresión «caviardage», sin traducción equivalente, y se refiere literalmente a los casos en que una regla establezca que una cláusula o expresión del contrato se consideren como «no escritas». Esto sucederá, normalmente, en el caso de normas imperativas y en los de reconocimiento de derechos a favor de una de las partes. El resultado es la «no incorporación» al contrato de dicha cláusula o expresión con las mismas consecuencias previstas para la inexistencia: ausencia de efectos, con independencia de la restitución prevista en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161 del anteproyecto de Código Europeo.

III. TIPOS DE INVALIDEZ

1. MODALIDADES DE INVALIDEZ

El anteproyecto de Código Europeo regula la nulidad (arts. 140 a 145) y la anulabilidad (arts. 146 a 152) como dos tipos de anomalías del contrato que difieren tanto en las causas que dan lugar a uno u otro tipo como en sus consecuencias. La nulidad está prevista para los casos más graves y, fuera de los supuestos en que se prevé la repetición del contrato por las mismas partes, subsanando la anomalía de que adoleciera el contrato, el contrato nulo no puede ser confirmado en ningún caso. La anulabilidad, un tipo de anomalía de menor entidad, sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley le reconoce esta facultad, que puede sin embargo optar por renunciar a la anulación o confirmar el contrato.

2. NULIDAD

A. Las causas de nulidad del contrato

El artículo 149 enumera las causas de nulidad del contrato de una manera poco sistemática y reiterativa. Además de la falta de alguno de los elementos esenciales (entre los que deberá incluirse, cuando así lo establezca la ley, la previa autorización administrativa), los demás supuestos tienen que ver, genéricamente, con la ilicitud del contrato, entendida como violación de los límites a la autonomía de la voluntad. Lo que sucede es que en los distintos apartados del artículo 140 se mezclan supuestos, en parte coinci-

denes, que debieran ser objeto de una mayor reflexión y sistematización.

En particular, conforme al artículo 140.1 es nulo el contrato, salvo que la ley establezca otra cosa, en los siguientes casos:

– «a) Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria»: todas las hipótesis se refieren a conceptos jurídicos indeterminados, que deberán ser concretados judicialmente en cada caso; en Derecho español la ley, la moral y el orden público juegan como límite a la autonomía de la voluntad, pero no es uniforme la sanción del contrato que los transgrede: la regla general, en el caso de contravención de norma, es la nulidad, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1.255 y 6.3 del Código Civil); la ilicitud del objeto y de la causa provocan la nulidad (arts. 1.271, 1.272, 1.275 y 1.305 y 1.306 del Código Civil), pero la jurisprudencia no proporciona criterios seguros para determinar lo que es ilicitud del objeto o de la causa; sí que parece existir una tendencia a restringir la nulidad absoluta a las cuestiones de orden público y a limitar la anulabilidad a la contravención de normas que atienden a intereses particulares.

Para los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140.1.a) el artículo 143.1 establece que «no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección».

– «b) Cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable». En Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes. Así resulta también de la regulación de la anulabilidad en el anteproyecto de Código Europeo (art. 146.2). Desde este punto de vista, no parece muy exacta la previsión del artículo 140.1.b), que necesariamente debe ponerse en relación con otras reglas del Código.

– «c) Cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5», es decir, falta de acuerdo, contenido o forma cuando sea exigida como requisito de validez; paradójicamente, el Código no incluye esta causa entre las que provocan la inexistencia del contrato, lo que significa que se

aplica el régimen previsto para la nulidad y no para la inexistencia (es posible la confirmación y la convalidación, juega el plazo de prescripción de diez años...). Resulta difícil de conciliar esta regla con lo dispuesto en el artículo 137.2.d), conforme al cual no hay contrato si el «hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos». No tiene mucho sentido mantener la diferencia entre inexistencia y nulidad en estos supuestos y cabe pensar, por encontrar alguna manera de salvar la contradicción, que no habrá contrato cuando la entidad del acto sea inapreciable, no pueda siquiera ser identificado como contrato.

El artículo 140.6 aclara que «el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva». Poniendo en relación esta regla con otras del Código, cabe pensar que comprende la falta de determinación inicial del contenido del contrato, cuya determinación se ha encomendado a una de las partes o a un tercero (art. 31), o cuando la aceptación se someta, por voluntad de las partes, a una ratificación o confirmación de quien ha sido representado.

– Puede haber causas de nulidad distintas a las anteriores, siempre que así se establezca en la ley aplicable; no es preciso que la norma utilice expresamente la expresión «nulidad», sino que basta que se establezca que determinado requisito (por ejemplo, de forma) lo es de validez; así resulta de lo previsto en las letras d) y e) del artículo 140.1²⁵.

Todas estas causas de nulidad se aplican a una cláusula del contrato, conforme al artículo 140.2, pudiendo entonces subsistir la parte restante del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 144.

El artículo 140.3 contiene una previsión especial para el caso de que exista un conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros: «prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en

²⁵ «d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación; «e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante» (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

cada uno de los Estados». Aparte de que la labor de aproximación de legislaciones de los Estados miembros debiera impedir la producción de conflictos entre las normas de la Unión y las de cada Estado, no es seguro que esta regla sea coherente con el principio de primacía del Derecho Comunitario tantas veces reiterado por el Tribunal de Luxemburgo ni, sobre todo, parece posible que pueda prevalecer una norma estatal por entender que el conflicto proceda de ser la norma comunitaria contraria a la utilidad social nacional.

El artículo 140.4 se refiere expresamente a la nulidad del contrato cuando la norma infringida es de carácter penal: «Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración». Es decir, el ilícito debe proceder de las dos partes y, la norma penal debe referirse, precisamente, a ese tipo contractual, celebrado quizás en determinadas circunstancias. En otro caso, la sanción del contrato no será la nulidad. Esta disposición debe ponerse en relación con los diversos tipos penales. En efecto, parece lógico, por ejemplo, que el acuerdo de pagar un precio para matar, o para prevaricar, debe ser nulo. Ello no excluye, me parece, que pueda haber supuestos de nulidad de contratos en casos en los que exista responsabilidad penal de una o de ambas partes a pesar de que la norma penal «no se refiera al contrato como tal», pero siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados anteriores del artículo 140.

A un caso particular de ilicitud penal se refiere el artículo 140.5: que el cumplimiento de un contrato válido se inserte en una actividad ilícita (alquiler de un piso para cometer un atentado terrorista o para alojar a inmigrantes ilegales o para fabricar explosivos). Dispone el precepto que, en este caso, «el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquélla». Puesto que carece de sentido que el contrato sea válido para una sola de las partes la expresión no parece muy afortunada, y el propio Código se cuida de aclarar cómo debe interpretarse: «En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora». Seguramente el Código presupone que quien no ha participado en la actividad ilícita ha cumplido su prestación, y por ello sólo se cuida de reconocer el derecho a exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Pero, proclamada la nulidad del contrato, ¿ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento? Cumplida la prestación por quien participa en la actividad ilícita (por ejemplo, paga por adelantado el precio del alquiler), ¿puede la otra parte negarse a cumplir? La calificación

de nulidad lleva a esa conclusión. Pero, entonces, ¿puede exigirse la restitución prevista para los casos de nulidad? Parece que debe entenderse que sí, conforme al artículo 141 del Código, que así lo prevé con carácter general para todos los casos de nulidad.

Sin duda, está sistemáticamente mal ubicada la disposición contenida en el segundo inciso del artículo 140.4, a continuación de la ilicitud penal, cuando es un supuesto totalmente distinto, relacionado más bien con la ausencia de alguno de los requisitos del contrato: «Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida». La regla, por lo demás, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 153 sobre ineficacia por disposición legal. A la concordancia entre ambos preceptos me refiero más adelante.

B. Las consecuencias de la nulidad del contrato

La nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161 (art. 141.1).

No es precisa una declaración judicial de la nulidad, puesto que «se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos» (art. 141.2). Pero, a continuación, el Código contempla que la parte que quiera hacerla valer pueda, «antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2».

También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, «ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato». Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, «no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración». El plazo de diez años de prescripción es para hacer valer la nulidad cuando el contrato ya ha sido cumplido y, de esta manera, cabe entender, poder hacer valer la nulidad con todas sus consecuencias prácticas: es decir, las restitutorias. En efecto, si el contrato todavía no ha sido cumplido, «la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento».

Termina el precepto estableciendo que, «para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

Son varios los comentarios que suscita esta regulación.

Por un lado, la posibilidad de que la nulidad se haga valer extrajudicialmente, favorecida además por el propio Código en los términos transcritos. Hasta el punto de que no se admite acción de nulidad para el contrato ya cumplido si previamente no se formula la declaración extrajudicial. Es decir, que para el contrato ya cumplido se fuerza el intento al menos de lograr un arreglo extrajudicial.

El artículo 141.2 se remite a los artículos 21 y 36.2. Basta aquí señalar que se trata de las reglas previstas para la prueba de que se ha realizado la declaración (presunción de conocimiento, artículo 21²⁶.; forma escrita cuando el valor del contrato es superior a 5.000 euros; que la fecha del documento pueda tenerse por cierta para poder oponerse a terceros²⁷). Para los casos «urgentes», el Código permite exigir medidas cautelares y de protección (art. 172): cabe pensar, por ejemplo, en los casos en que peligra la conservación (material o jurídica, en el patrimonio de quien estaría obligado a restituir) de la cosa.

Mayor interés ofrece el tema de la prescripción de la declaración y de la acción declarativa de nulidad. El Código establece un plazo de prescripción de diez años, a contar desde la celebración del contrato, para hacer valer la nulidad. El plazo se fija tanto para la declaración extrajudicial como para la «acción declarativa de nulidad del contrato». Es decir, que la declaración extrajudicial a que se refiere este artículo, dirigida a lograr un acuerdo, no interrumpe el plazo de prescripción, a pesar de que la reclamación

²⁶ «Artículo 21. *Presunción de conocimiento.*

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, se reputan conocidos por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido.

2. El destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento» (traducción de C. Lalana del Castillo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

²⁷ «Artículo 36. *Forma especial requerida para la prueba del contrato.*

1. Cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe desprenderse de un acto que revista dicha forma, aunque tal acto no existiese todavía en el momento en el que las partes manifestaron su voluntad de celebrar el contrato.

2. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros. Para que sean oponibles a terceros, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia.

3. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión Europea que, a pesar de exigir una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia se demuestre en virtud de otros medios de prueba (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

extrajudicial, como regla general, interrumpe la prescripción (cfr. art. 134.6 del anteproyecto de Código Europeo ²⁸ y art. 1.973 del Código Civil español). Esto significa que, en definitiva, se dificulta enormemente el ejercicio de la acción de nulidad, que prescribe a los diez años desde la celebración del contrato pero que, por otra parte, sólo se admitirá a trámite si se interpone cuando ha transcurrido el plazo señalado desde la recepción de la declaración extrajudicial: es decir, que es posible que no hayan transcurrido todavía los diez años pero, al no haberse formulado con suficiente anticipación la declaración, ya no se admita a trámite la demanda.

Este plazo contrasta con la tesis unánime que la doctrina mantiene en Derecho español acerca de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, que puede ejercerse en cualquier tiempo, por ser acción declarativa. En Derecho español se considera que sólo está sometida a un plazo de prescripción –de quince años– la acción de restitución de la prestación realizada ²⁹. Frente a esta solución del Derecho español, coherente con la teoría procesal de las acciones declarativas, el anteproyecto de Código Europeo dice optar expresamente por fijar un plazo de prescripción a la acción declarativa.

Ahora bien, si se sigue leyendo el artículo en su totalidad es fácil llegar a la conclusión de que, en realidad, el plazo de diez años se refiere sólo al caso de contrato ya cumplido, porque para el contrato todavía no cumplido el artículo 141.2 expresamente establece que «la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento». Es decir, que si el contrato no se ha cumplido la posibilidad de oponer la nulidad para impedir la condena al cumplimiento no prescribe mientras no prescriba la acción de cumplimiento de tal manera que, frente a la acción de cumplimiento, siempre puede alegarse la nulidad. En el caso de contrato ya cumplido, y sea cual sea la causa de nulidad, no resultará posible hacer valer la nulidad si han transcurrido diez años desde la celebración del contrato. Aunque se trate de alguna de las causas que, conforme al artículo 143 no permitan la confirmación del contrato. En definitiva, entonces, lo que prescribe no es la acción de declaración de nulidad, sino la de restitución de las prestaciones en el caso de que el contrato se haya cumplido. No se entiende, en cambio, por qué si el plazo es aplicable a la acción de

²⁸ «Artículo 134.6 El transcurso de la prescripción se interrumpe si el acreedor entabla una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula con el mismo fin una reclamación extrajudicial, o si el deudor reconoce de cualquier modo su deuda. Tras la interrupción comienza a transcurrir un nuevo plazo de prescripción» (traducción de I. Tena Piazuelo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

²⁹ Por todos, Lacruz, J. L., *Elementos* II-1, 1999, p. 551.

restitución, el *dies a quo* no es el de la entrega, el cumplimiento de la prestación.

En el anteproyecto de Código Europeo, al fijar un plazo para la acción de restitución, se opta por consolidar la situación derivada del contrato nulo ejecutado, lo que en Derecho español se consigue, en su caso, si ha transcurrido el plazo de prescripción de quince años de la acción de restitución (art. 1.964 del Código Civil) mediante el juego de la usucapión (por ejemplo, si en virtud del contrato nulo se entregó un inmueble, se puede recuperar, aun prescrita la acción de restitución, mientras no transcurran treinta años). Nada se dice en el anteproyecto de Código Europeo de esta posibilidad, que sin embargo no debe descartarse en función de las disposiciones en materia de propiedad que sean aplicables en cada caso.

El anteproyecto de Código Europeo sólo se refiere a las partes del contrato como sujetos que pueden hacer valer la nulidad del contrato, frente a lo que sucede en Derecho español, donde se admite que la legitimación de los terceros perjudicados³⁰. En el anteproyecto de Código Europeo la situación de los terceros se resuelve mediante la inoponibilidad, figura de ineficacia frente a terceros prevista también para los casos en que un contrato sea nulo, y a la que me refiero más adelante.

C. Nulidad sobrevenida

Bajo el epígrafe de «caducidad», el artículo 142 se ocupa del fenómeno de la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación. El tratamiento que se dispensa en este caso es el mismo que si el contrato fuera nulo, si bien la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos. En Derecho español este supuesto debería reconducirse, en el caso de que la desaparición fuera del objeto, a la hipótesis de imposibilidad sobrevenida que, siendo sin culpa del deudor, extingue la obligación (art. 1.182 del Código Civil). Es discutido, en cambio, si el acreedor de la prestación imposible puede liberarse de la suya o, en su caso, recuperar la prestación realizada (art. 1.124 y, para la compraventa, art. 1.452 del Código Civil). La pérdida de capacidad de un contratante, aunque no parece «desaparición de un elemento esencial de validez», según el contenido del contrato (obligaciones personalísimas o

³⁰ Por todos, CASTÁN, J., *Derecho Civil Común y Foral*, t. III, 16.ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero, Reus, Madrid, 2002, p. 769.

intuitu personae) puede provocar también la extinción del contrato, que no puede ser cumplido por otra persona (representante) distinto del deudor (arg. 1.595 del Código Civil).

En el anteproyecto de Código Europeo, presupuesto de la aplicación del régimen de nulidad es que tal desaparición del elemento esencial se produzca con independencia de la voluntad de las partes. En caso contrario sería un caso de incumplimiento contractual y no de nulidad (arts. 89 ss.).

D. La confirmación del contrato

El Código Civil español sólo regula la confirmación de los anulables. Por ello, se entiende que si las partes persisten en su propósito tienen que repetir el contrato nulo evitando la causa de nulidad cuando ello sea posible. La repetición o renovación del contrato supone nuevas declaraciones de voluntad por ambas partes y produce sus efectos *ex nunc*, aunque se admite que podría dotarse al nuevo contrato de retroactividad obligacional, es decir, sin que los terceros queden afectados por ella ³¹.

A esta repetición del contrato el artículo 143 del anteproyecto de Código Europeo la denomina «confirmación del contrato nulo», que no es posible cuando la nulidad deriva de alguna de las causas previstas en el artículo 140.1.a).

La confirmación tiene lugar «mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminen la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio». Se ordena la aplicación a este acto de lo previsto en el artículo 36, apartado 2: frente a terceros sólo será oponible el contrato a partir de la fecha en que el documento que recoge la confirmación pueda reconocérsele fecha cierta (documentos públicos).

Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes: oferta escrita, aceptación... (art. 143.3): es decir, se trata de un auténtico contrato.

Es posible también la confirmación de la cláusula nula de un contrato en los mismos términos que la confirmación del contrato. En este sentido el artículo 143.4 establece que: «Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de

³¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Artículo 1.309», p. 474.

un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144».

E. La conversión del contrato nulo

a) Admisibilidad de la conversión

A diferencia de lo que sucede en el Código Civil español, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos sí regula expresamente la conversión en su artículo 145. Posiblemente, además de la presencia de juristas en cuyos ordenamientos sí se regula la conversión (Alemania, Italia, Portugal, Grecia), no hay que pasar por alto la presencia activa en el Grupo de Pavía de los profesores Gandolfi y De los Mozos, verdaderos expertos en el tema ³².

A pesar de la ausencia en nuestro Código de una norma que prevea esta figura en sus rasgos genéricos, la doctrina española se ha ocupado de ella, generalmente partiendo de la regulación de los Códigos italiano y alemán ³³.

La doctrina distingue entre una conversión material, formal y legal. En la *conversión material* —que es propiamente la conversión— se opera una reducción del objeto o de los efectos del contrato o un cambio del tipo: para evitar la nulidad, se da una nueva calificación al contrato, que queda salvado de la invalidez y así produce efectos, normalmente menores de los que en principio produciría ³⁴. Junto a ella, la *conversión formal* resulta de que el documento en que consta el negocio, que carece de algún requisito necesario para la validez de la forma documental elegida, lle-

³² No en vano, Gandolfi, el profesor impulsor del Proyecto es autor de la obra *La conversione del atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Milán, 1985, II, *Il problema in proiezione europea*, Milán, 1988. También el profesor De los Mozos estudió la conversión en su monografía *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959.

³³ Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, 1993; Fernández Espinar, «Consideraciones en torno a la conversión de los negocios jurídicos nulos en sede de teoría general de ineficacia negocial», *Revista de Derecho Privado*, abril 1995, pp. 327-339.

³⁴ Supuestos más frecuentes de conversión reconocidos por la doctrina: a) Conversión del derecho real de prenda nulo en derecho de retención a favor del acreedor pignoraticio que ha recibido la entrega de la cosa; b) Conversión de un derecho de prenda nulo por falta de entrega en el correspondiente negocio preparatorio consensual; c) Contrato de hipoteca verbal o en documento privado: ¿puede producir los efectos de una promesa de hipoteca, prevista en el artículo 1.862 del Código Civil?; d) Conversión de un negocio transmisivo de un derecho real limitado en un negocio transmisivo del mero ejercicio del derecho; e) Pacto de suceder a título gratuito nulo en institución hereditaria si no ha sido revocada; f) Institución de heredero a favor de persona futura en sustitución fideicomisaria; g) Heredero de confianza, en heredero *sub modo*; h) Institución de heredero a favor de persona jurídica que no llega a tener existencia, en institución a favor de las personas físicas reunidas para formarla.

gará a valer conforme a otra forma de documento cuyos requisitos reúna ³⁵. La *conversión legal* es la prevista por una ley, en atención al interés general o de terceros, no de las partes, para configurar el contrato con un contenido preceptivo predeterminado ³⁶.

En su monografía dedicada a la figura, Díez Soto concluye con un pronunciamiento en contra de la tesis más extendida, favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro Derecho, como remedio de carácter general. Pero el mismo autor advierte que hay en éste otros instrumentos (especialmente

³⁵ Por ejemplo, testamento cerrado como testamento ológrafo, artículo 715 del Código Civil; escritura pública como documento privado, artículo 1.233 del Código Civil; artículo 115, Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, conversión del testamento nulo por defecto de forma en otra clase de testamento y conversión de testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

³⁶ Se proponen como ejemplos de «conversión legal» los siguientes:

– Artículo 23 de la Ley Cambiaria: «El endoso posterior al vencimiento, que no podrá ser realizado por el aceptante, producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria»;

– Artículo 3 de la Ley de Arbitraje de 1988: «1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, *el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato*»;

– Conversión de la aparcería y del arrendamiento parciario en arrendamiento: artículo 117.2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980: «La muerte o invalidez del aparcerero no producirá la extinción de la aparcería, que asumirán los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación. El cedente podrá en estos casos optar por la conversión de la aparcería en arrendamiento conforme al artículo 119 de esta Ley»; artículo 109 de la Ley de Arrendamientos Rústicos: «Para extinguir las aparcerías de duración superior a un año será imprescindible el preaviso, en forma fehaciente, del cedente al aparcerero... Recibido el preaviso por el aparcerero, éste podrá optar por al abandono al cedente del cultivo de la finca, o por su continuación como arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de esta Ley»; artículo 119 de la Ley de Arrendamientos Rústicos: «1. *En los casos en que proceda la conversión de la aparcería en arrendamiento* y las partes no hubieran llegado a un acuerdo mediante comparecencia ante la Cámara Local Agraria, el IRYDA formulará propuesta sobre el canon arrendaticio y la ubicación de la tierra sobre la que ha de recaer el arrendamiento, atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y de modo que el aparcerero obtenga rendimientos análogos a los que le producirá la aparcería. 2. Si persiste el desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión ante el Juzgado competente. 3. La duración del arrendamiento será como mínimo de seis años contados desde la conversión y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas que en esta Ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería. ...4. *No procederá la conversión si el aparcerero no reúne las condiciones exigidas en esta Ley para ser arrendatario*»;

– Artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas: «Sociedad irregular. 1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en forma y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de las aportaciones. 2. En tales circunstancias, *si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil*. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad».

en materia de interpretación de la norma que impone la sanción de nulidad, y de interpretación y calificación del negocio atendiendo a su causa concreta) que pueden llevar a resultados próximos a los que derivan de la conversión en Ordenamientos que la han asumido como remedio general ³⁷.

La dificultad que plantea en Derecho español la figura de la conversión se pone de relieve en los comentarios elaborados en torno a la Sentencia de 26 de abril 2001 ³⁸, que para el profesor García Cantero supone un ejemplo de aplicación de la doctrina de la conversión del negocio jurídico ³⁹ mientras que para Marín López, Manuel Jesús, no es sino un caso de simulación (ocultación, bajo la apariencia de una compraventa, de una transmisión de propiedad en garantía) ⁴⁰.

b) *Conversión y autonomía de la voluntad*

Advierte De los mozos que, incluso en los ordenamientos en los que existe un remedio general sobre la conversión, la figura ha sido sometida a revisión crítica ⁴¹. De estos planteamientos se ha

³⁷ En particular, pp. 198 ss.

³⁸ El matrimonio formado por don José y doña Juana otorgan escritura de compraventa de una casa a favor de CADES por precio de 23.500.000 pesetas, que confiesan haber recibido. Se establece un pacto de retroventa a favor de los vendedores, por el que podrían ejercitar su derecho reembolsando a la compradora el precio de venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida: este derecho finalizaría el 25 de enero de 1993.

Don José es Administrador de una sociedad, llamada ATB. El mismo día del otorgamiento de la escritura, se estipula en documento privado una serie de acuerdos en los que se hace constar: que ATB adeuda a CADES 23.518.564 pesetas, para cuyo pago la primera acepta una serie de letras de cambio; se declara que «en garantía del pago de dichas cambiales» se había otorgado la escritura de compraventa, y se fijaban las condiciones en las que don José y doña Juana podían ejercitar el derecho de retracto (en particular, que se hubiesen hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales, por lo cual no existía ya deuda pendiente).

El 12 de enero de 1993, don José y doña Juana requieren notarialmente a CADES para que les comunique el importe de los gastos hechos en la casa que transmitieron, al objeto de poder ejercitar la retroventa. CADES responde que no se han cumplido las condiciones previstas en el documento privado, pero que no tenía inconveniente en que se ejercitara la retroventa si en el momento de otorgamiento de la escritura hacían efectiva la cantidad de 23.500.000 pesetas, precio de la venta, más 1.546.999 pesetas, importe de los gastos producidos y 162.593 pesetas del importe del impuesto de bienes inmuebles pagado por la entidad compradora.

Don José y doña Juana interponen demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa. La demanda es desestimada en primera y en segunda instancia. Los actores interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo declara: la nulidad de la escritura pública de venta y la nulidad del pacto de retroventa concertado en la misma escritura y desarrollado en el documento privado; también declara la validez de la transmisión de la propiedad en garantía del pago de lo debido por ATB a CADES.

³⁹ GARCÍA CANTERO, G., «Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, julio-septiembre 2001, pp. 353 a 365.

⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, marginal 1568, pp. 147 a 171.

⁴¹ DE LOS MOZOS: J. L. «De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2001, p. 545 a 553.

hecho eco el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, cuyo artículo 145 se ocupa de la conversión del contrato nulo tratando de distinguir este remedio de la interpretación conservativa y de la reproducción del negocio («el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes»: art. 145.1).

En el anteproyecto de Código Europeo, la conversión sólo tiene lugar si del contrato o de las circunstancias no resulta ser otra la voluntad de las partes (art. 145.3).

c) *Ámbito de aplicación de la conversión*

El anteproyecto de Código Europeo prevé un amplio ámbito de aplicación de la conversión, que es aplicable al contrato nulo (art. 145.1), al contrato anulado (art. 145.5), a una cláusula del contrato artículo 145.2) e, incluso, a ciertos supuestos de contrato ineficaz (art. 153.5).

Por lo que se refiere a la conversión del contrato anulable el Código habla del «contrato anulado»: es decir, cuando la parte legitimada ha hecho valer ya la causa de nulidad. De esta manera parece que podría solucionarse el principal obstáculo que se opone a la admisión de la conversión del negocio anulable: el que existen otros medios para su sanación⁴². Una vez anulado, el contrato anulable queda equiparado al nulo.

Algo semejante sucede con el contrato que deviene ineficaz de modo definitivo, en los términos del artículo 153, al que me refiero más adelante.

d) *Cómo opera la conversión*

La conversión se produce automáticamente «por el mero hecho de que concurren sus presupuestos». Puesto que la nulidad opera automáticamente, es lógico que también lo haga la exclusión de la nulidad, es decir, la conversión, sin que ello dependa de la voluntad de las partes⁴³.

Pero el anteproyecto de Código Europeo contempla también la posibilidad de que una de las partes quiera hacerla valer: puesto que ya se ha producido, de lo que se trata es de obtener una constatación oficial, frente a todos, cuando se niegue la conversión por la otra parte. En tal caso, debe dirigirse a la misma, antes de

⁴² Sobre los argumentos contra la conversión del negocio anulable, Soto, pp. 125 ss.

⁴³ Sobre los argumentos a favor de que la conversión opere *ipso iure*, Soto, p. 118.

que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, «una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, solicitar una constatación judicial de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172» (art. 145.4).

De esta forma, y sea cual sea la anomalía del contrato, se establece un plazo de prescripción para que quede «oficialmente» constatada la conversión. El momento inicial a partir del que se computa ese plazo también se fija de manera uniforme para todos los casos, lo que lleva a que, por ejemplo, en los casos de contratos anulables hayan podido transcurrir los tres años sin que el contrato haya sido anulado (cfr. art. 148), por lo que ya no podrá operar la conversión.

Por otra parte, y a pesar de que el Código declare que la conversión tiene lugar por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, ya no podrá hacerse valer si durante los tres años durante los que las partes pueden hacer constatar oficialmente la conversión, las partes se comportan como si el contrato fuera nulo (no se cumple, ninguna de ellas exige su cumplimiento). Existe una cierta contradicción en toda esta regulación porque, en definitiva, en estos casos, cabe entender que, lo que sucede es que la voluntad de las partes es contraria a la conversión (art. 145.3). Pero, insisto, el propio Código declara después que la conversión «se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos».

F. **Ámbito de la nulidad**

a) *Propagación de la ineficacia. La nulidad parcial*

Se plantea el problema del ámbito al que se extiende la invalidez de un contrato nulo. De una parte, cuando existe un nexo de conexión entre diferentes contratos, de tal manera que uno de ellos es presupuesto para que el otro desenvuelva su función práctica, o cuando ambos cooperan conjuntamente a la consecución de un resultado económico buscado por las partes ⁴⁴. De otra, si puede

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 5.ª ed., 1996, p. 467.

aislarse la ineficacia de una cláusula o parte de un contrato manteniendo la eficacia del resto. La doctrina española se refiere a estos problemas de manera separada, como «propagación de la ineficacia» y «nulidad parcial», si bien, como advierte Jesús Delgado, los principios decisivos en uno y otro ámbito son los mismos⁴⁵. A este planteamiento responde la regulación del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, que regula conjuntamente en el artículo 144, bajo la rúbrica de «nulidad parcial» tanto lo que en sentido estricto se considera «nulidad parcial» en la doctrina española (art. 144.1) como la «propagación de la ineficacia» (art. 144.2).

b) *Nulidad parcial*

El Derecho español no contiene norma general sobre la nulidad parcial, pero hay disposiciones que para casos concretos establecen que la nulidad de una cláusula no afecta a la validez del resto del contrato⁴⁶, y la doctrina, admite con carácter general la posibilidad de que la ineficacia se limite a una parte o cláusula de un contrato mientras que el resto permanece en vigor, en aplicación del principio de conservación del negocio⁴⁷.

Se admite la nulidad parcial siempre que la nulidad no proceda por alguna de las causas del artículo 140.1.a). La regla de la nulidad parcial es aplicable también a la anulabilidad de una cláusula (art. 146.3) y a la ineficacia de una cláusula (art. 153.5).

Conforme al artículo 144.1, «si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes». El artículo 144.3 aclara que no se aplica la nulidad parcial

⁴⁵ DELGADO: *Artículo 1.303*, p. 403. *Vid.*, además, ALBIEZ DORMAN, K. J.: «La repercusión de la nulidad “dentro” y “fuera” del contrato», en *Consejo General del Poder Judicial*, 1994, pp. 61 a 111; LÓPEZ FRÍAS, A.: *Los contratos conexos: estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1995, p. 299.

⁴⁶ En el Código Civil, por ejemplo: artículo 1.155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal), artículo 1.260 (el juramento en los contratos se tendrá por no puesto), artículo 1.476 (nulidad del pacto de exoneración de responsabilidad de evicción al vendedor de mala fe), artículo 1.608 (irrelevancia del pacto que limite la posibilidad de redimir el censo), artículo 1.691 (irrelevancia del pacto que excluye a un socio de las ganancias), y artículo 1.826 (reducción de la obligación del fiador a los límites de la obligación del deudor). Fuera del Código, para el arrendamiento de vivienda, el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos declara «nulas, y se tendrán por no puestas», las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del título II de la Ley, salvo que la propia norma lo autorice expresamente. Hay, además, reglas expresas de nulidad parcial con sustitución automática de la norma infringida en el Estatuto de los Trabajadores, en la legislación de consumidores y en la legislación de arrendamientos.

⁴⁷ *Vid.* las citas de DELGADO J.: *Artículo 1303*, p. 405.

si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra. Es decir, que la nulidad parcial sólo procede si no es contraria a la voluntad, hay que entender común, de las partes.

c) *Propagación de la invalidez*

En el artículo 144.2 se recoge una regla que se inspira en el mismo criterio referida a los casos de contratos coligados o con más de dos partes. La invalidez de una parte no se propaga al resto siempre que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1, el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no revista un alcance esencial en relación con el contenido del negocio jurídico en su conjunto.

Para los contratos coligados, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos (art. 144.2) la nulidad no se extiende al otro si se dan los mismos presupuestos que se recogen en el apartado 1: «que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes», lo que puede no suceder si las partes contemplaban la celebración de los dos contratos como un todo.

También si es un contrato plurilateral y la nulidad afecta sólo a una de ellas (por ejemplo, contrato de sociedad). E, igualmente, creo yo, si en el contrato intervienen, en la posición de una de las partes más de un sujeto (por ejemplo, hay dos o más compradores: aunque, literalmente, el art. 144 habla de «más de dos partes»).

d) *Lo decisivo es la voluntad de las partes*

El artículo 144.3 establece que la regla contenida en el apartado 1 del artículo «no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra».

La doctrina española acepta también que la cuestión de la posible validez parcial, excluyendo la parte tachada de nulidad es un problema de interpretación del negocio y también de la ley y para ello tiene en cuenta el criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible)⁴⁸.

Pero, puesto que la nulidad parcial sólo está prevista por el legislador para casos determinados parece preferible entender que, salvo prueba en contrario de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato, la nulidad debe ser total⁴⁹.

⁴⁸ DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 493.

⁴⁹ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 1996, p. 482.

e) *Cómo se hace valer la nulidad parcial*

Reproduciendo una regla semejante a la prevista para la nulidad, el artículo 144.4 establece que «la nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos». También se añade la posibilidad de que se haga valer por una de las partes, pero sujeta a un plazo de prescripción de tres años y, entonces, me parece, al igual que sucedía con lo expuesto para la nulidad, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se haya cumplido o no el contenido de la cláusula (si prevé alguna prestación a cargo de una de las partes) ⁵⁰.

f) *La nulidad parcial sólo es posible en defecto de la sustitución de cláusulas ordenada por la ley y de la conversión*

El artículo 144.5 del anteproyecto de Código Europeo se refiere a la nulidad parcial con sustitución de cláusulas: «La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente».

En Derecho español, a veces es la propia ley la que ordena la sustitución automática de las cláusulas contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que se incorporan al contrato en sustitución de la voluntad privada ⁵¹. La doctrina suele

⁵⁰ Artículo 144.4: «Pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

⁵¹ Para los arrendamientos rústicos, el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Rústicos exige que la renta se fije en dinero pero, si no obstante, las partes la fijan en especie «el contrato será válido, pero cualquiera de las partes podrá exigir la conversión de la renta en dinero». En materia de condiciones generales y de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, el legislador de 1998 optó por la nulidad parcial, a menos –respectivamente– que el contrato no pueda «subsistir sin tales cláusulas» (art. 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación) o que resulte una «situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada» (art. 10 bis, 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, redactado conforme la Ley de Condiciones Generales, pero manteniendo en esta cuestión el criterio que recogía la Ley de Consumidores de 1984 en su art. 10.4). En ambos casos, la parte del contrato afectada por la nulidad se integra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, pero, además, en el caso de las cláusulas abusivas el artículo 10 bis.2 de la Ley de Consumidores atribuye al Juez «facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato».

considerar como un supuesto de nulidad parcial la que se produce como consecuencia del mandato de una norma imperativa. Se trataría de nulidad parcial en el sentido de que la nulidad de una cláusula o parte del contrato no se extiende o propaga a la totalidad, aunque se produzca al margen de la voluntad de las partes. Aunque, como ha observado Gordillo, la ineficacia parcial con inserción de las cláusulas legales no es una forma atenuada de la nulidad (total) de pleno derecho, pues si bien cuantitativamente se recorta en la extensión de sus efectos, consigue, no obstante, una mayor intensidad específica y propia al impedir al gravado con la ley sustitutiva el restablecimiento del *statu quo* anterior a la celebración del contrato y al permitir al protegido por la norma el logro de la finalidad que le llevó a contratar, aun en contra de la voluntad de su contraparte ⁵². Se trata, como advierte Delgado, de un fenómeno distinto de la ineficacia parcial porque se trata de un mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato ⁵³.

En Derecho español se plantea un problema cuando la ley no establece expresamente esta forma de sanción. La jurisprudencia no ha dicho de una manera clara si ha de procederse a la nulidad parcial, con sustitución de la cláusula nula por la previsión legal (por ejemplo, en materia de viviendas de protección oficial y precios superiores a los autorizados legalmente, los tribunales no siempre han mantenido la misma postura) ⁵⁴. Hay que atender, en cada caso, a la finalidad de la norma infringida y comprobar cómo queda mejor salvada.

3. ANULABILIDAD

A. La anulabilidad de los contratos

El Código Civil español no utiliza la expresión anulabilidad, si bien la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la distinción entre nulidad y anulabilidad con apoyo en expresiones del propio Código Civil («pueden ser anulados», dice el art. 1.300, o el art. 1.322). El anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en cambio, se refiere expresamente a la «anulabilidad» en su artículo 146, y después desarrolla el régimen de este tipo de invalidez en los artículos 147 (efec-

⁵² GORDILLO: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC* 1975, pp. 101 ss.

⁵³ Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA: *Artículo 1.303*, pp. 407-408.

⁵⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Precio y renta en las viviendas de protección oficial*, Pamplona, 1999.

tos), 148 (modalidades y plazo de la anulación), 149 (conservación y confirmación del contrato anulable), 150 (contrato celebrado por un incapaz), 151 (contrato viciado por un error) y 152 (contrato viciado por intimidación).

Puede decirse, como primera aproximación, que en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, al igual que sucede en Derecho español, la anulabilidad es una invalidez relativa (dirigida a proteger a una de las partes del contrato) y convalidable o sanable (si, quien está legitimado para impugnar el contrato anulable no lo hace). Partiendo, sin embargo, de un esquema similar acerca del tipo de ineficacia a que da lugar la anulabilidad, hay diferencias importantes, entre el Código Civil español y el anteproyecto de Código Europeo de Contratos por lo que se refiere tanto a los supuestos concretos que dan lugar a la anulación como al modo en que se puede hacer valer la anulación.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos configura la anulabilidad como un tipo de anomalía prevista para ciertos casos, tasados legalmente, y que sólo puede ser invocada por una de las partes a la que la norma trata de proteger. Ejercitada la anulación, sin embargo, sus efectos son los mismos que los de la nulidad: es decir, el contrato queda sin efectos retroactivamente, como si no se hubiera celebrado, y las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones recíprocamente. El esquema, por tanto, es análogo al diseñado en Derecho español para la anulabilidad.

La doctrina española está dividida a la hora de calificar al contrato anulable antes de que se ejercite la acción de nulidad. El sector doctrinal mayoritario entiende que el contrato anulable es válido y eficaz mientras no se impugne, pues produce todos sus efectos, si bien de manera claudicante. La acción de anulación sería constitutiva y tendría efecto retroactivo, lo que probaría el carácter inicialmente eficaz del contrato anulable⁵⁵. Para otro sector, minoritario, en el Código Civil español, el contrato anulable es inicialmente inválido, si bien es susceptible de producir todos sus efectos si, quien pudiendo hacerlo, no lo impugna, o si es confirmado. La confirmación, desde este punto de vista, sería verdadera convalidación de lo que sin ella sería inválido⁵⁶.

¿Cuál es el punto de vista del anteproyecto de Código Europeo de Contratos? La terminología utilizada en el Código inclina a pensar que se considera al contrato anulable como inicialmente válido. Así, se dice que «la anulación deja sin efectos al contrato

⁵⁵ Por todos, DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos*, I, 1996, p. 450.

⁵⁶ DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 449; DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 317; MIQUEL GONZÁLEZ: «Anulabilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, p. 477.

retroactivamente desde su celebración», lo que sólo tiene sentido si se considera que el contrato era válido (art. 147.1); o que «el contrato anulable puede ser confirmado, y *continuar entonces en vigor a todos sus efectos*» (art. 149.2): es decir, que la confirmación, a diferencia de lo que sucede en Derecho español (art. 1.313 del Código Civil), no tiene efecto retroactivo.

En Derecho español, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la anulabilidad no es meramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes: si es o no constitutiva la acción (lo que permite entender de manera distinta si es posible o no que la anulabilidad se haga valer extrajudicialmente, como parece preferible, pero entonces sólo si se sostiene que la acción es declarativa de que el contrato inicialmente es inválido), si puede oponerse la anulabilidad como excepción, sin necesidad de formular reconvencción, incluso pasado el tiempo para ejercitar la acción de anulabilidad, y de esta manera negarse a cumplir el contrato anulable por quien, estando legitimado, no ejercitó la acción en tiempo oportuno (lo que resulta preferible, pero sólo posible de mantener de manera coherente si se entiende que el negocio es inválido inicialmente y la acción que así lo declara, al ser meramente declarativa no prescribe)...

Por eso, más que atenerse al dato formal de la terminología, importa detenerse en el modo en que el anteproyecto de Código Europeo regula las modalidades y el plazo de ejercicio de la anulación. Merece la pena llamar la atención ahora sólo sobre dos datos: que el anteproyecto de Código Europeo de Contratos no sólo permite, sino que facilita, la celebración de acuerdos extrajudiciales (art. 148.2), y que está prevista expresamente la alegación de la anulabilidad como excepción incluso después del plazo previsto como de prescripción de la acción (art. 148.5). Estas consecuencias, hay que reconocerlo, encajan mejor con el carácter inicialmente inválido del negocio anulable.

B. Causas de anulabilidad

a) CONSIDERACIÓN GENERAL

El artículo 146.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «la anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo». A continuación, el artículo 146.2 enumera los supuestos en los que «el contrato es anulable». En particular: *a)* en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150; *b)* en el caso de un vicio de consen-

timiento, conforme a los artículos 151 y 152; c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68 ⁵⁷; d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley».

Es decir, el anteproyecto de Código Europeo enumera de manera taxativa las causas de anulabilidad, si bien deja abierta la puerta para que la ley prevea otros supuestos de anulabilidad. Pero es importante reparar en que esta previsión de nulidad tiene que ser «expresamente». Esto significa que no puede haber anulabilidades distintas de las previstas de manera expresa por el legislador: es decir, que la anulabilidad se configura como un régimen excepcional, que el intérprete no puede extender a irregularidades del contrato semejantes o análogas a las previstas en la Ley.

Este carácter excepcional con que el anteproyecto de Código Europeo de Contratos configura la anulabilidad contrasta con el carácter que la doctrina y la jurisprudencia españolas tienden a asignar a la anulabilidad. En efecto, inicialmente, se pensó que la nulidad era el régimen general de invalidez en Derecho español, de tal manera que sólo procedía la anulabilidad en los casos en que el legislador lo hubiera previsto. Sin embargo, desde hace tiempo, partiendo de una interpretación funcional de la invalidez, se ha venido hablando de una «tendencia expansiva de la anulabilidad». Tendencia expansiva, de un lado, porque el propio legislador configura cada vez más supuestos como anulabilidades para evitar las consecuencias rígidas de la nulidad (impugnación de acuerdos de juntas de propietarios, de acuerdos de asociaciones, de cooperativas, o de sociedades anónimas). Pero sobre todo, por lo que

⁵⁷ «Artículo 67. *Circunstancias subjetivas.*

1. El contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. Si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable si la voluntad de éste estaba viciada.

2. La persona del representante deberá ser tenida en cuenta, cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado.

3. En ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante.

4. Las reglas de este artículo, así como las del anterior, no se aplican a la persona meramente encargada de transmitir la voluntad de otro.»

«Art. 68. *Autocontrato y conflicto de intereses.*

1. Puede ser anulado el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por cuenta propia, sea como representante de la otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato esté determinado de forma que se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación sólo puede ejercitarse por el representado.

3. El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a instancia del representado si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero» (traducción de S. CÁMARA LAPUENTE, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

importa ahora, porque el intérprete puede llegar a calificar de anulabilidad una invalidez a la que el legislador expresamente no se refiere como tal atendiendo a la finalidad perseguida por la norma (protección de una de las partes, por ejemplo) ⁵⁸.

b) CONTRATO CELEBRADO POR UN INCAPAZ

i) *Es necesario que se haya producido una lesión*

En el anteproyecto de Código Europeo de contratos, la falta de capacidad para prestar válido consentimiento contractual de uno de los contratantes hace al contrato anulable, no nulo. Así lo establece el artículo 150 («Contrato celebrado por un incapaz»), que se refiere a los contratos celebrados por menores o incapaces. Puede decirse, con carácter general, y sin perjuicio de los matices que después se verán, que esta es también la regla del Derecho español, en el que el régimen de la anulabilidad tiene su campo de aplicación natural en los contratos celebrados por los menores e incapaces. Hay, sin embargo, una diferencia fundamental entre el Derecho español y el anteproyecto de Código Europeo de contratos. En este último, la falta de capacidad da lugar a la anulación de los contratos «salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz» (art. 150.1 último inciso).

De esta forma, en el anteproyecto de Código Europeo se exige que el contrato celebrado por menores o incapaces supongan algún tipo de lesión. Esta previsión se aleja del Derecho español, en el que la anulabilidad de los contratos permite impugnar un contrato celebrado por el menor o incapaz sin necesidad de alegar ninguna causa: el legitimado para impugnar es el único que puede valorar su interés, por lo que puede tener en cuenta motivos distintos de los económicos ⁵⁹. De esta manera, en Derecho español queda desincentivada la contratación con menores o incapaces, pues ellos o sus representantes legales siempre podrán hacer valer la anulabilidad. La posibilidad de impugnar que se reconoce al incapaz o a su representante legal les permite valorar, si quieren, la conveniencia del negocio, pero si se deciden por

⁵⁸ Sobre todo ello, DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 319. Una crítica de la «tendencia expansiva de la nulidad», por entender que en fondo no es sino una consecuencia de la propia concepción bipartita de las nulidades que el autor critica, y que cree debe superarse admitiendo matices y criterios objetivos flexibilizadores en el régimen de la nulidad en PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad*, pp. 92 ss.

⁵⁹ La doctrina admite que en casos extremos puede pensarse en admitir el abuso del derecho del accionante: así, DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 497; DELGADO ECHEVERRÍA, *Artículo 1.300*, p. 314.

la impugnación no es algo que se vaya a tener en cuenta para el éxito de la acción.

Contrasta la opción del anteproyecto de Código Europeo con la alcanzada por los autores de los Principios Lando, que han optado por dejar fuera los aspectos relacionados con capacidad de la persona, por entender que tiene que ver más con el Derecho de la persona que con los contratos ⁶⁰.

ii) *Contratos celebrados por menores*

La anulabilidad procede, en primer lugar, en los casos en que no se tiene la edad requerida para contratar (art. 150.1.a: contrato celebrado por un menor no emancipado). La regla debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 5.2, conforme al cual, la capacidad general exigida para celebrar válidamente un contrato es tener dieciocho años cumplidos o estar emancipado y haber obtenido las autorizaciones requeridas por la ley nacional del contratante. Aunque no haría falta, el artículo 150.3 aclara que el contrato celebrado por un incapaz no es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional. En Derecho español, por ejemplo, cabe entender que la autorización del representante puede producirse antes de que el menor celebre el contrato, o posteriormente en forma de convalidación ⁶¹.

Para que sea anulable el contrato es preciso que el menor no haya ocultado con engaño su edad. En efecto, el artículo 150.2 del anteproyecto de Código Europeo establece que el contrato celebrado por un menor no es anulable «si el menor ha ocultado con engaño su edad». En Derecho español es muy discutida la situación de los contratos celebrados por menores que ocultan su edad porque, frente a la doctrina que, con apoyo en Derecho comparado, niega la acción de impugnación y considera que el contrato es válido se ha argumentado que este planteamiento disminuye gravemente la protección del menor: ocasiona el peligro de que se conviertan en cláusulas de estilo las declaraciones de ser mayor y en la práctica de los usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una acusación prefabricada de engaño sobre la edad del menor ⁶².

⁶⁰ LANDO, O., BEALE, H.: *Principles of European Contract Law, Pars I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2000, p. 227.

⁶¹ LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, I-2, 3.ª ed., revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002, p. 122.

⁶² DE CASTRO: *Derecho Civil*, p. 192. Cuestión distinta, dice el autor, es que el dolo o la culpa del menor, al hacer imposible la restitución quede sin consecuencia jurídica, pues el daño producido deberá ser indemnizado, conforme a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Tampoco son anulables los contratos que sean «usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente» (art. 150.3). La misma tesis se mantiene en la doctrina española, en un reconocimiento de una capacidad gradual del menor con arreglo a su edad y a los usos ⁶³.

iii) *Falta de consentimiento. Contratos celebrados por incapaces e incapacitados*

i') Distinción de supuestos

Presupuesto para la validez de un contrato, en el anteproyecto de Código Europeo y en el Derecho español, es la existencia de un consentimiento válido. Para ello es preciso que los contratantes tengan capacidad natural, es decir, capacidad de entender y querer, y capacidad legal, es decir, la exigida por la ley. Las letras *b*), *c*) y *d*) del artículo 150.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos se refieren a contratos celebrados por incapaces, incapacitados o no, sometiéndolos todos ellos, sin distinción, al régimen de la anulabilidad.

Así, conforme al anteproyecto de Código Europeo de Contratos:

– Es anulable el contrato celebrado por los incapacitados. El artículo 150.1.*b*) se refiere a «una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal». En Derecho español, de igual manera, es anulable el contrato que debía realizar el representante legal (arts. 1.300 ss. del Código Civil) o el incapacitado con asistencia del curador (art. 293 del Código Civil).

– Es anulable el contrato celebrado por «una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender» [(art. 150.1.*c*)]. La razón por la que la persona no está en condiciones de querer puede ser puramente transitoria (accidente, efectos del alcohol...) o permanente (incapaz de hecho, que pudiendo o debiendo estar incapacitados legalmente no lo están).

La impugnación del contrato la podrá hacer el propio sujeto una vez superada la situación circunstancial de falta de capacidad o su representante legal si después es incapacitado.

⁶³ Distintas explicaciones jurídicas en DELGADO/LACRUZ; *Elementos*, I, 2, 2002, p. 125, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE; *Curso de Derecho Civil*, I, Colex, Madrid, 2.ª ed., 2002, p. 411.

Para el Derecho español, cabe defender que, si en el momento de contratar, carece la persona de «capacidad natural» o aptitud para entender o querer puede decirse que, entonces, por hipótesis, falta el consentimiento. El contrato, entonces, de acuerdo con el artículo 1.261 del Código Civil («no hay contrato») seguiría el régimen de la nulidad absoluta: en particular, la acción no está sujeta a plazo, puede ejercitarla cualquier interesado y no cabe confirmación. Sin embargo, últimamente esta doctrina se ha sometido a revisión partiendo del dato de que, en la práctica, muchos incapaces que debieran estarlo no lo están, y no se ve la razón para dejar de aplicar a los actos de los incapaces habituales la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una parte contractual, es decir, la anulabilidad ⁶⁴.

La doctrina española suele advertir que, cuando falta absolutamente la razón (por locura, intoxicación o hipnosis) propiamente no existe la declaración de voluntad ⁶⁵ y el contrato entonces sería nulo con nulidad radical:

– Conforme al artículo 150.1.d) es anulable el contrato celebrado por «una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir». En Derecho español, la referencia a los sordomudos que no sepan leer ni escribir figuraba en la redacción originaria del Código Civil, dando lugar a una situación próxima a la enfermedad mental ⁶⁶. Pero desde la reforma de 1984 se suprimió toda incapacidad que no diera lugar a una imposibilidad de autogobierno de la persona. Desde la exigencia de respecto a la dignidad de la persona, la regla del anteproyecto de Código Europeo no puede interpretarse en el sentido de que sean anulables los contratos si la deficiencia física de que se trate no priva a la persona de su capacidad natural.

La referencia a los sordomudos que no sepan escribir es ejemplificativa: es posible imaginar también otros supuestos, como personas con problemas de comunicación como consecuencia de algún tipo de enfermedad o traumatismo, sea transitorio o permanente.

El anteproyecto de Código Europeo se refiere a un supuesto en el que la persona no puede expresar su voluntad. No que no pueda formarla, por falta de inteligencia o capacidad natural. En realidad, son personas que posiblemente debieran estar incapacitadas legal-

⁶⁴ Sobre todo ello, con citas doctrinales, DELGADO: *Artículo 1301*, p. 355.

⁶⁵ DE CASTRO: *El negocio jurídico*, p. 95.

⁶⁶ DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, reedición en Civitas, Madrid, 1984, p. 278.

mente y no lo están. Son incapaces naturales o de hecho, a los que se refiere el artículo 150.1.b).

ii') Necesidad de que la falta de capacidad sea aparente

El artículo 150.2 declara que «el contrato no es anulable... si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables». Se trata de una regla que protege la confianza del tercero y que carece de equivalente en Derecho español. En el anteproyecto de Código Europeo esa protección de la buena fe y de la apariencia se lleva al extremo de prescindir de lo que, de acuerdo con la publicidad del Registro Civil, puede afirmarse para los incapacitados ⁶⁷.

iii') ¿Realización de actos corrientes de la vida por los incapaces?

Conforme al artículo 150.3, «el contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente».

Es discutible si la redacción se refiere sólo a los menores (que son los únicos mencionados en el art. 5.1) o a los incapaces en general, incluidos también los incapaces por razón de enfermedad o trastorno psíquico. Esto último parece preferible por dos razones: porque el artículo 150 se refiere a los incapaces en general pero, sobre todo, porque es más respetuoso con el respeto a la dignidad de la persona y la limitación de la capacidad a lo que sea causa natural de falta de capacidad.

iv) *La restitución en los contratos celebrados por incapaces*

El artículo 150.4 establece que, anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo. La restitución del incapaz limitada al enriquecimiento es también la solución del Derecho español (art. 1.304 del Código Civil).

⁶⁷ Vid. PARRA LUCÁN, M. A., en *Curso de Derecho Civil*, I, Colex, 2.ª ed., 2002, p. 375.

v) *Situación de los terceros que han garantizado el contrato celebrado por un incapaz*

En Derecho español, la interpretación conjunta de los artículos 1.302, 1.824 y 1.853 del Código Civil lleva a la conclusión de que los fiadores no pueden oponer las excepciones puramente personales del deudor (la menor edad, la incapacidad).

De manera parecida, y conforme al artículo 150.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, «los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal».

La solución del anteproyecto de Código Europeo de Contratos supone que el tercero ha asumido una garantía frente al acreedor. No exige la prueba de que el tercero que ha garantizado conociera la incapacidad. Pero, en cualquier caso, el tercero que ha garantizado responde aunque se haya anulado la obligación garantizada: aun siendo accesoria su obligación no se extingue al declararse la nulidad de la obligación garantizada. El tercero que paga puede después repetir contra el incapaz o su representante legal. Hay que pensar que esa repetición estará sometida a los mismos límites que están previstos en el artículo 150.4 para la repetición del incapaz: que del contrato haya obtenido un beneficio efectivo.

Pero, ¿qué significa la repetición del representante legal? Una cosa es que pueda proceder responsabilidad del representante (si, con su conducta, indujo a prestar una garantía a favor del incapaz) y otra distinta, y que carece de sentido, es el derecho a repetir a que se refiere el artículo 150.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

c) CONTRATO VICIADO POR UN ERROR

i) *Consideración general*

La regulación del contrato viciado por error contenida en el artículo 151 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos distingue entre el «error unilateral» (art. 151, apartados 1 a 6), padecido por uno solo de los contratantes, y el «error común» a ambos contratantes (art. 151.7).

Dentro del concepto de error se incluye tanto lo que en Derecho español es propiamente error como el dolo, es decir, el error provocado por el engaño de la otra parte, si bien se somete a distintos

regímenes uno y otros supuesto. Por otra parte, se regula tanto el error vicio del consentimiento como el error obstativo, es decir, el error en la manifestación de una voluntad formada sin vicios.

ii) *Error de una de las partes*

i') Error vicio del consentimiento

i'') Error esencial («dolo», en Derecho español)

De acuerdo con el artículo 151.1 son presupuestos del error padecido por una de las partes para que pueda anular un contrato:

a) que afecte a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) que haya sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

El presupuesto recogido en la letra a) hace referencia a un doble aspecto: el ámbito objetivo del error y la necesidad de su esencialidad. Los aspectos fundamentales del contrato a los que afectan pueden tener que ver con las cualidades de la cosa o servicio y con las condiciones en las que se realiza la prestación, pero también con las cualidades de la persona que la realiza. La referencia a los aspectos «económico o jurídico» permite incluir tanto el error de hecho como el de derecho (creía que quien vendía era propietario, o tenía poder de disposición, o que se podía edificar en el terreno comprado...). Es esencial el error cuando sea determinante del consentimiento (así, también, art. 1.266 del Código Civil: «que hubiese dado motivo a celebrarlo» y art. 1.270 del Código Civil, que distingue entre dolo grave y dolo incidental).

El error de cuenta, que en principio debe considerarse como un elemento no esencial, sin embargo puede ser determinante para la prestación del contrato, y entonces dará lugar a la anulación del contrato (interpretando a contrario el art. 151.4).

Por lo que se refiere al presupuesto recogido en la letra b), es preciso que el error haya sido provocado por la otra parte: por una declaración engañosa (una acción), por una actitud de reticencia injustificada (quien calla o no advierte debidamente, informaciones incompletas o imprecisas) o, incluso si, dándose o habiéndose podido dar cuenta del error y de su importancia determinante, no

saca del error a la otra parte y se aprovecha de él para contratar. En Derecho español, aunque el artículo 1.269 del Código sólo se refiere al «empleo de palabras o maquinaciones insidiosas», la doctrina y la jurisprudencia admiten también el «dolo por omisión», la astucia por omisión, que presupone igualmente un ánimo de engañar ⁶⁸.

ii”) Engaño procedente de un tercero («dolo de tercero»)

Conforme al artículo 151.2 del anteproyecto de Código Europeo, si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable. En Derecho español el Código sólo prevé expresamente el dolo del otro contratante, pero puede llegarse a la misma conclusión que la proyectada en el texto comentado porque si el contratante conoce el engaño de un tercero y éste es determinante de la contratación tenía el deber de sacar del error a la otra parte.

iii”) Error provocado que afecta a un elemento no esencial («dolo no esencial»)

Cuando el error ha sido provocado, y no recae sobre un elemento fundamental del contrato, no es causa de nulidad, pero el artículo 151.4 del anteproyecto de Código Europeo permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si: *a)* se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento; *b)* o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

El error de cálculo en Derecho español tampoco es un vicio del consentimiento que dé lugar a la anulabilidad del contrato, sino sólo a su corrección, conforme al artículo 1.266.3 del Código Civil. Pero doctrina y jurisprudencia advierten que si no es un mero error aritmético o error de cálculo rectificable, sino que afecta a error en los factores de cálculo, o en la inclusión o ampliación de determinadas partidas para fijar el saldo, hay un error en cuanto al objeto, y sí es posible la anulación del contrato ⁶⁹. En este sentido debe entenderse la referencia del artículo 151.4 del anteproyecto de Código Europeo a la posibilidad de que el error de cálculo pueda ser determinante del consentimiento y, entonces, dar lugar a la anulación del contrato. Conviene insis-

⁶⁸ Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 373.

⁶⁹ LACRUZ: *Elementos*, II-1, 1999, p. 369.

tir, sin embargo, en que presupuesto del error en este precepto del anteproyecto de Código Europeo es haber sido provocado: también para el error de cálculo.

El error que recae sobre un elemento secundario del contrato no se considera esencial, determinante, porque el contrato se hubiera celebrado igual pero posiblemente en otras condiciones (por ejemplo, pagando menos precio). Se trata de la figura del dolo incidental que tampoco en Derecho español es causa suficiente para invalidar el contrato, y sólo da lugar a la indemnización del daño (art. 1.270.2 del Código Civil). De una manera más amplia, el anteproyecto de Código Europeo establece dos soluciones: solicitar la modificación de la prestación debida (lo que sólo será posible en algunos casos) o la reparación del daño sufrido. Hay que entender que se trata de una opción que podrá escoger la parte que sufrió el error.

iv”) Error no provocado («error» en Derecho español)

El artículo 151.3 del anteproyecto de Código Europeo contempla los casos de error cuando no se dan los presupuestos del apartado 1. Entonces, y siempre que el error no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, podrá proceder a la anulación del contrato «cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato». A pesar de que el precepto se refiere genéricamente a los presupuestos del apartado 1 parece razonable entender que el único que no concurre es el que considera ese apartado bajo la letra *b*): haber sido provocado. No parece que pueda prescindirse del exigido en la letra *a*) (afectar a un elemento fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento), al menos en el sentido de que, como prevé el mismo artículo 151.3, el contrato carece de interés: es decir, que el error ha sido determinante del consentimiento. Por otra parte, esta interpretación resulta coherente con el resto del artículo, que en el apartado siguiente se ocupa del error en el caso de que únicamente se dé el presupuesto de la letra *b*).

Propiamente este es un supuesto de hecho del error vicio del consentimiento. Son requisitos para que sea causa de anulación:

– Que no proceda de negligencia grave de quien lo padece: se trata del requisito de la *excusabilidad*, en el sentido de que no puede salvarse con diligencia. Aunque nuestro Código Civil no exige este requisito, la jurisprudencia lo ha señalado reiteradamente, relacionándolo con los principios de autorresponsabilidad

y buena fe⁷⁰. Pero el anteproyecto de Código Europeo admite la negligencia que no sea grave: es discutible, entonces, si es precisa una diligencia normal o basta una diligencia mínima.

– Que el contrato carezca de todo interés para quien lo padece. Es decir, se exige que el error sea *esencial*, en el sentido de que sea determinante de la voluntad del contratante que lo sufre⁷¹.

Ejercitada la acción de anulación en tales circunstancias, el anteproyecto de Código Europeo establece, a cargo de quien ha padecido el error, la obligación de indemnizar a la otra parte el perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato. Se trata de una regla inexistente en Derecho español, donde el error, si reúne los requisitos exigidos para invalidar el contrato, simplemente anula el contrato. Esta obligación de indemnizar está prevista en el anteproyecto de Código Europeo para el caso de que el error no haya sido provocado por la otra parte. En realidad, este el caso de error que como tal regula el artículo 1.266 del Código Civil español. Puede afirmarse que el anteproyecto de Código Europeo tiende a reforzar los postulados de la seguridad jurídica y la confianza. No sólo que el error tendrá un carácter excepcional, al exigirse que sea esencial y excusable, sino que además se requiere que la parte esté dispuesta a pagar una indemnización por los daños sufridos por quien, sin haber provocado el error, confiaba en el cumplimiento del contrato.

v”) Error y buena fe

El anteproyecto de Código Europeo contiene una previsión que muestra una actitud restrictiva ante el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error. Se trata de lo dispuesto en el artículo 151.5, conforme al cual, «la parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe». En realidad, en nuestro Derecho, la buena fe juega como límite en el ejercicio de todos los derechos y está consagrado el abuso del derecho (art. 7 del Código Civil), por lo que igualmente puede considerarse contrario a la buena fe, en determinadas circunstancias, el ejercicio de una acción de nulidad por error que, entonces, no deberá estimarse.

Para el caso de que se considere contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de nulidad la parte que lo invoca puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar una

⁷⁰ LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 371.

⁷¹ Sobre la esencialidad en el Derecho español, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 370.

indemnización equitativa. Aunque la redacción del precepto no es muy clara en este sentido, parece razonable entender que no prosperará la acción de nulidad por error y que, además, procederá la condena a pagar una indemnización de daños.

¿Qué es contrario a la buena fe? No debe pasarse por alto que, en el anteproyecto de Código Europeo el error ha sido provocado por la otra parte, por lo que es difícil que pueda entenderse después que hay mala fe en el ejercicio de la acción de anulación por la parte que lo ha padecido. Será difícil que, concurriendo los presupuestos previstos en el Código, se entienda que el ejercicio de la acción de nulidad es contrario a la buena fe. No hay que descartar, sin embargo, que pueda ser abusivo el ejercicio de la acción de nulidad, y que con ello se pretenda, por ejemplo, lograr un enriquecimiento por un cambio de las circunstancias siempre que ese cambio fuera previsible para quien lo ocultó a la otra parte (por ejemplo, revalorización de un inmueble por un cambio que se estaba tramitando en el planeamiento).

Si no se dan los presupuestos la demanda de nulidad debe desestimarse; ¿puede entenderse que es contraria a la buena fe toda demanda de nulidad basada en la que se invoque el error y que sea desestimada? La redacción del precepto presupone que se ha producido la declaración requerida por el artículo 148 del Código y que la contraparte a la que se ha dirigido contesta de modo tal que no puede achacársele haber provocado el error («después de la contestación motivada de la otra parte»). Puesto que se propicia un acuerdo extrajudicial, es mucho más fácil que quien alega el error tenga muchos más datos antes de decidirse a presentar una demanda judicial. Sin embargo, no siempre habrá que entender que la demanda desestimada tiene detrás una reclamación contraria a la buena fe.

ii') Error obstativo

El anteproyecto de Código Europeo de los Contratos prevé que se aplique al llamado error obstativo el mismo régimen previsto para el error vicio del consentimiento. En este sentido, establece el artículo 151.6 que las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

En Derecho español, doctrina y jurisprudencia no mantienen una postura uniforme en relación con el error obstativo, que unas veces es sancionado con la anulabilidad, como vicio del consenti-

miento, y otras con la nulidad, como un supuesto de falta de consentimiento⁷².

Es posible que, en el plano de las ideas, pueda sostenerse que cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta falta el consentimiento, pero quizás sea más acertado contemplar el supuesto desde el punto de vista de las consecuencias. Si la sanción es la nulidad, en principio, no sólo la legitimación es más amplia para hacerla valer sino que, además, no existe un plazo de prescripción. Si la sanción es la anulabilidad, sea cual sea la postura que se sostenga acerca de la naturaleza del contrato anulable, se reduce el plazo de impugnación (art. 1.301 del Código Civil). Desde un punto de vista de técnica legislativa quizás no sea criticable que el legislador decida sancionar expresamente con la anulabilidad al contrato viciado con error obstativo, en particular cuando se haya creado una apariencia frente a la otra parte, que puede ignorar el error. En el anteproyecto de Código Europeo las cosas no se plantean en idénticos términos: si no existiera una regla expresa para el error obstativo ordenando la anulabilidad y se entendiera que, de acuerdo con las reglas generales, al no haber consentimiento, procede la nulidad y no la inexistencia [art. 140.1.c)] y, en consecuencia, al plazo de prescripción de diez años para la restitución (art. 141.2).

iii) *Error común de los dos contratantes*

Cualquiera de las partes puede anular el contrato cuando ambas lo han celebrado bajo una presuposición común que resulta inexacta. A este supuesto se refiere el artículo 151.7. El error común debe recaer: *a)* sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; *b)* o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; *c)* o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante.

De la redacción del precepto resulta que las dos partes padecen el error y que ninguna de ellas está de mala fe. Es preciso que el error recaiga sobre un aspecto determinante, que afecte a un hecho, a una circunstancia aceptados por ambas partes como presupuesto de efectividad del contrato. No se exige, en cambio, que se haya expresado la circunstancia que resulta errónea.

⁷² Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 401.

En Derecho español, el error común sobre circunstancias no desarrolladas (presuposición o base del negocio) suele estudiarse en el marco de la causa, que no es objeto de regulación en el anteproyecto de Código Europeo. La doctrina admite que, cuando algunas circunstancias son condiciones del contrato que principalmente han dado motivo a las partes para celebrarlo, el fallo de las mismas da lugar a la anulación del contrato por aplicación del artículo 1.266 del Código Civil (vicios del consentimiento)⁷³.

La imposibilidad objetiva de ejecución del contrato a que se refiere el anteproyecto de Código Europeo debe entenderse que se refiere a la frustración del contrato que no dependa de la culpa de ninguna de las partes, porque entonces daría lugar al incumplimiento del contrato.

Es seguro que el Código incluye el caso de que tal imposibilidad existiera ya en el momento en que las partes, que lo ignoraban (la cosa no existía en ese momento, o no se había concedido la licencia requerida para construir), contrataron. Pero siendo objetivamente imposible el cumplimiento del contrato desde el origen parece que, en realidad, lo que sucede es que falla uno de los presupuestos de la contratación válida y más de error que haga anulable el contrato debiera hablarse de nulidad.

¿Qué sucede cuando esta imposibilidad, sin culpa, es sobrevenida, frustrando el fin del contrato? Si originariamente era posible el cumplimiento del contrato y posteriormente se produce la imposibilidad, más que en el terreno de la validez del contrato estaremos en el del cumplimiento del contrato y de la responsabilidad contractual: a la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor se refiere, en sede de ejecución del contrato, el artículo 97.2 del Código⁷⁴.

⁷³ LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 442.

⁷⁴ «Artículo 97. *Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas*.

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor –como lo prevé el artículo 157– el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato» (traducción de V. Mayor del Hoyo, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

Para el Derecho español, Díez-PICAZO, L. *Fundamentos*, I, 1996, p. 205.

d) CONTRATO VICIADO POR INTIMIDACIÓN

i) *Intimidación*

«Es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas» (art. 152.1).

La intimidación debe ser una amenaza «grave», es decir, una coacción moral capaz de impresionar de modo tal que determine la celebración del contrato. No dice el precepto que la amenaza sea de causar un daño, pero el temor o el miedo creado lógicamente debe ser el de sufrir un mal, en la integridad física o en otros bienes o intereses de la persona.

En Derecho español recibe el mismo tratamiento la violencia (empleo de fuerza irresistible para arrancar el consentimiento, art. 1.267 del Código Civil) que la intimidación: ambas dan lugar a la anulabilidad. En el anteproyecto de Código Europeo no se menciona expresamente la violencia, por lo que hay que pensar que se impone la consecuencia lógica de que no existe consentimiento y, por tanto, no hay acuerdo, que es uno de los elementos esenciales del contrato, y la consecuencia es la nulidad [art. 140.1.c)].

El Código exige que las intimidaciones o amenazas sean graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal: no se tiene en cuenta las circunstancias subjetivas de quien las padece: en nuestro Derecho se contempla expresamente, lo que parece razonable, las circunstancias personales de quien es objeto de la amenaza (art. 1.267 del Código Civil). La «persona normal» del anteproyecto de Código Europeo deberá ser también por referencia a un grupo de edad o circunstancias, como la formación, porque no existe un único modelo de «persona normal».

El anteproyecto de Código Europeo dice que las amenazas pueden ir dirigidas a una parte del contrato o sus allegados: es decir, que la intimidación puede consistir en la amenaza de que el daño se va a causar a los «allegados», expresión en la que pueden incluirse, además del cónyuge o parientes, los amigos (cfr. art. 1.267 del Código Civil).

Las amenazas pueden proceder de la otra parte o de un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas (cfr. art. 1.268 del Código Civil).

El artículo 152.1 declara que la anulabilidad por intimidación juega «con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30». El artículo 30.3 se refiere al contrato en el que una de las partes obtiene ventajas desproporcionadas respecto de la prestación que realiza o promete abusando de la situación de peligro, necesidad, incapacidad para comprender y querer, inexperiencia o la dependencia económica o moral de la otra parte. Este contrato no es anulable sino rescindible (art. 30.3⁷⁵ en relación con el artículo 156 del Código Europeo de Contratos). La diferencia está en que la aplicación de la rescisión procede cuando no haya habido intimidación, es decir, amenaza de causar un mal. La principal diferencia entre el régimen de la anulabilidad y la rescisión en el anteproyecto de Código Europeo es la de que el contrato rescindible no es susceptible de confirmación (art. 156.6). Lo que sucede es que en los casos previstos en el artículo 30.3 parece que la voluntad no se ha formado de una manera libre, y no se ve la razón por la que no deban recibir el mismo tratamiento que los casos de vicios del consentimiento.

ii) *La amenaza de ejercitar un derecho*

La jurisprudencia española ha tenido ocasión de resolver supuestos en los que se discute si es preciso que la amenaza de sufrir un daño sea antijurídica. Suele entenderse que el ejercicio de un derecho puede ser injusto, y susceptible de calificarse como intimidación, cuando se procura para forzar el consentimiento para otorgar un contrato con el fin ilegítimo de obtener beneficios que no son inherentes al derecho mismo⁷⁶. En esta línea, el artículo 152.2 declara que la amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

iii) *Temor reverencial*

El artículo 152.3 se ocupa del temor reverencial, que sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las

⁷⁵ «Artículo 30.3. 3. Es rescindible, en los términos previstos en el artículo 156, todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero» (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

⁷⁶ LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 378; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 166.

circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Esta solución es preferible a la que consagra el artículo 1.276.4 del Código Civil, que considera irrelevante el temor reverencial.

En el anteproyecto de Código Europeo, la anulabilidad por temor reverencial juega «salvo lo previsto en el artículo 156». Como ya he advertido, el artículo 156 se ocupa de la rescisión del contrato celebrado mediante el abuso de una de las partes de la situación de inferioridad o inexperiencia de la otra. Hay que entender que será rescindible el contrato cuando el temor no haya sido provocado por la otra parte pero haya motivado la celebración del contrato.

e) SUPUESTOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 67 Y 68

Fuera del título XI, el Código recoge otros supuestos de nulidad. Así, el artículo 67 declara que el contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. También si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado si su voluntad está viciada. Parece que se trata de una adaptación de las reglas de vicios del consentimiento al contrato celebrado por representación. El artículo 68 establece que podrá anularse el contrato del representante consigo mismo (autocontrato).

C. Las consecuencias de la anulación del contrato

Conforme al artículo 147.1, la anulación deja sin efecto el contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160. El contrato, por tanto, no despliega efectos y, los que se hayan realizado en cumplimiento del contrato nulo deben ser eliminados. De ahí la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones cumplidas. El Código regula la restitución en el artículo 160, en la sección 2 del título XI, como una consecuencia de la inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia, resolución o rescisión de un contrato. En la sección 1, «Anomalías», no incluye la regulación completa de la restitución, sino tan sólo algunas especialidades para la restitución que procede de la anulación.

D. Las excepciones a la regla de la restitución en los casos de imposibilidad o excesiva onerosidad

Literalmente, el artículo 147.2 establece que: «La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160, apartado 4». Aunque se refiere a todo el apartado 1, al afirmar expresamente que el contrato queda sin efectos desde que se produce la declaración para hacerla valer, hay que entender que, a pesar de que la restitución resulte imposible o excesivamente onerosa, sí podrá anularse el contrato, pero lo que sucederá es que esta anulación no tendrá efectos retroactivos, sino tan sólo para el futuro, es decir, para las prestaciones todavía no realizadas. Ahora bien, esta conclusión, a su vez debe ser matizada en el sentido de que, en realidad, no procede la restitución *in natura*, pero sí por su equivalente en dinero. La remisión al artículo 160 debería ser al apartado 3, conforme al cual, la restitución que no pueda hacerse en forma específica por ser imposible o excesivamente onerosa debe efectuarse mediante el pago de una suma de dinero. En efecto, el artículo 160.4, al que se remite el artículo 147.2 establece la posibilidad de optar a quien tiene derecho a la restitución por la restitución en forma específica o por equivalente, mediante el pago de una suma de dinero, salvo que la primera opción sea contraria a la buena fe.

E. La indemnización de daños a cargo de quien provocó la causa de anulación

Además, conforme al artículo 147.3 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, la anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado a reparar el perjuicio experimentado por la otra parte. El precepto se remite: 1) por lo que se refiere a los presupuestos de esta responsabilidad a lo previsto en sede de responsabilidad contractual, en particular, al artículo 162⁷⁷; por lo

⁷⁷ «Artículo 162. *Requisitos de la responsabilidad contractual.*

1. En caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, el deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora, no son atribuibles a su conducta, sino que se deben a una causa (extraña) imprevisible e irresistible.

que se refiere al contenido de esta responsabilidad a lo previsto en el artículo 6, apartado 4⁷⁸, en sede de tratos preliminares dirigidos a la perfección del contrato.

En la doctrina española, y aunque no existe una norma que expresamente lo establezca, suele admitirse la responsabilidad por daños de quien haya provocado la anulabilidad como un supuesto de *culpa in contrahendo*⁷⁹.

No se ve la razón por la que el anteproyecto de Código Europeo menciona sólo la indemnización de daños únicamente en el ámbito de la anulabilidad, puesto que sus presupuestos pueden concurrir igualmente en el ámbito de la nulidad.

2. El principio que figura en el apartado 1 se aplica a cualquier otro hecho o situación que se estime fuente de responsabilidad por daños conforme a las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos en la primera parte del apartado tercero del artículo 75, el deudor se libera de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia apropiada en la situación concreta como se indica en la mencionada disposición, y aporta las pruebas exigidas en el artículo 94.3. Si el deudor de una prestación profesional ha actuado, para cumplirla—con el consentimiento informado de quien ha sufrido el perjuicio, o de sus parientes, o de quien se ha encargado de su representación o asistencia legal— en un ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, sólo responde por culpa grave.

4. A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que —en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos— debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él —en cuanto persona normalmente informada— en el momento de celebración del contrato.

5. Salvo pacto en otro sentido, el deudor es responsable conforme al apartado 1 de este artículo incluso si ha recurrido, para el cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, dejando a salvo el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.

6. Salvo pacto en contra, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora relativos a un contrato que implique a una pluralidad de deudores, se aplica para la reparación del daño consiguiente lo previsto en el artículo 88.

7. Debe probarse la existencia del daño, y verificarse su alcance, o bien debe ser cuantificable como prevé el artículo 168.1» (traducción de M.^a T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

⁷⁸ «Artículo 6. *Deber de protección*.

1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes» (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002).

⁷⁹ Díez PICAZO, L.: *Fundamentos*, p. 468; LACRUZ, J. L.: *Elementos*, II-1, 1999, p. 571.

F. Legitimación para hacer valer la anulabilidad

a) *La anulabilidad es una nulidad relativa*

La anulabilidad es, en Derecho español, una nulidad relativa, en el sentido de que sólo puede hacerla valer una parte del contrato: aquella a la que se trata de proteger con la norma que prevé la anulabilidad (art. 1.302 del Código Civil).

El mismo criterio recoge el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Conforme al artículo 146.1 del mismo, la anulabilidad «sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad». El análisis de los casos concretos previstos en el anteproyecto de Código Europeo muestra cómo, en los casos de incapacidad, son el incapaz o su representante legal quienes están legitimados para hacer valer la anulabilidad (art. 150); en el caso de vicios del consentimiento, quien lo ha padecido (arts. 151, 152); en el caso de vicio del representante, por éste o por el representado (art. 67); en el caso de autocontratación, por el representado (art. 68). De manera coherente, el artículo 148, al referirse a la previa declaración extrajudicial que debe dirigirse a la otra parte se refiere a «la parte legitimada –o su representante legal si es incapaz–».

b) *La interpelación al legitimado para que declare si pretende solicitar la anulación*

El artículo 148.4 introduce una regla novedosa respecto del Derecho español, al prever que la parte no legitimada para impugnar o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado –o a su representante legal si se trata de un incapaz– para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Al igual que sucede con las demás declaraciones a que se refiere esta sección, son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2.

Con esta previsión se trata sin duda de eliminar la incertidumbre acerca de si, finalmente, el contrato será anulado o no. No existe en Derecho español una regla semejante, si bien me parece que no se opondría a la posibilidad de realizar un requerimiento semejante con el efecto de que, en su caso, y según las circunstancias, se

entendiera producida una confirmación tácita, en los términos del artículo 1.311 del Código Civil.

G. Privación de la legitimación a quien no puede restituir

El artículo 148.3 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «no puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150, apartado 4 a favor de los incapaces». Pero sí es posible la anulación cuando la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa, conforme a lo previsto en el artículo 147.2, que remite a lo dispuesto en el artículo 160 del Código, en el que se prevé la transformación de la obligación de restituir la cosa en la obligación de pagar una suma de dinero equivalente. Debe entenderse, por ello, que el supuesto al que se refiere el artículo 148.3 incluye la imposibilidad tanto de restituir la cosa como de abonar una suma de dinero. Esto último sólo tiene sentido en los casos de insolvencia, puesto que la obligación de pagar una suma de dinero es de género ilimitado, y nunca resultará objetivamente imposible.

El precepto presupone que el contrato se ha cumplido y que el sujeto legitimado para hacer valer la anulación ni puede restituir la cosa ni tampoco pagar una suma de dinero equivalente. En tal caso, conforme a la regla estudiada, no podrá prosperar su acción de anulación. Si el contrato no estuviera cumplido, por hipótesis, no sería preciso plantearse la posibilidad o imposibilidad de la restitución.

En cualquier caso, la regla tiene una excepción a la que expresamente se refiere el artículo 148.3: el caso de que se trate de incapaces que, conforme al artículo 150.4, sólo deben restituir en cuanto hayan obtenido un beneficio efectivo. Es decir, que pueden ejercer con éxito la acción de anulación aunque no puedan llevar a cabo la restitución si se entiende que no han obtenido un beneficio efectivo.

H. Cómo se hace valer la anulabilidad

- a) *No es necesario el ejercicio de la acción. El acuerdo extrajudicial*

La doctrina española discute acerca de si es preciso el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad para que los efectos de ésta

tengan lugar. La doctrina del carácter constitutivo de la acción tiene como fundamento el prejuicio del carácter válido del contrato anulable mientras una sentencia no lo constituya en inválido, y suele explicarse mediante la doctrina del derecho potestativo de impugnación⁸⁰. Parece preferible, sin embargo, entender que el ejercicio judicial de la impugnación no es indispensable, que las partes pueden solucionar privadamente la situación, así como someter la cuestión a árbitros o transigir sobre ella. Esto es así, como explica Delgado Echeverría porque, siguiendo el principio general, sólo es necesario acudir a los Tribunales cuando el ejercicio de un derecho sea negado o impedido por otro sujeto. Como explica este autor, únicamente ante la resistencia de la otra parte, quien pretenda ejercitar algún derecho basado en la anulación –señaladamente, la repetición de lo prestado– habrá de acudir a los Tribunales para que éstos lo declaren e impongan su satisfacción; y, de igual modo, aquel a quien se exija judicialmente algo con base en el contrato anulable, habrá de deducir la oportuna excepción. La sentencia lo que hará entonces es constatar frente a todos que el contrato celebrado era inválido⁸¹.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos no sólo reconoce el ejercicio extrajudicial de la anulabilidad sino que, además, trata de propiciar los acuerdos extrajudiciales.

b) *La acción de anulación*

La acción de anulación debe ir precedida de una declaración de la parte legitimada, o su representante legal si es incapaz, con el fin de lograr un acuerdo extrajudicial. A esa declaración, al igual que sucede con la declaración prevista en caso de nulidad, le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2 (art. 148.1).

Conforme al artículo 148.2, «con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

⁸⁰ Díez Pícazo, L.: *Fundamentos*, p. 487; De Pablo Contreras, P. «Ineficacia e invalidez de los contratos», en *Curso de Derecho Civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, p. 450.

⁸¹ Delgado Echeverría, J.: *Artículo 1.301*, p. 330.

c) *La anulación como excepción*

La doctrina civilista española está dividida acerca de si la anulabilidad puede oponerse como excepción⁸² o si, por el contrario, es preciso formular reconvencción⁸³. La razón de estas distintas opiniones se conecta a la distinta naturaleza, declarativa o constitutiva con que se califican la acción y la sentencia de anulabilidad. Así, para quienes la acción es constitutiva, no existe nulidad sin sentencia que lo declare y, en consecuencia, es preciso ejercitar una acción para solicitar la declaración de anulabilidad (en su caso, reconvencción) sin que baste al legitimado para hacer valer la anulabilidad alegarla como simple excepción para defenderse frente a una demanda de cumplimiento del contrato formulada por quien no puede impugnar el contrato. Pero lo cierto es que la mayoría de la doctrina, aun entendiendo que la acción de anulabilidad es constitutiva no termina de ser coherente con las consecuencias a que llevaría tal afirmación (la de que no cabe alegarla como excepción) y, por el contrario, basándose en argumentos de equidad defiende que la anulabilidad puede alegarse como excepción para evitar una condena injusta⁸⁴.

Básicamente, este es el planteamiento del artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo cuando, tras establecer que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años, añade que la declaración de anulación «puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años». De esta forma, en el Código, la excepción de anulabilidad para oponerse a una demanda de cumplimiento no prescribe⁸⁵.

⁸² En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 327.

⁸³ En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P.: *Ineficacia e invalidez*, p. 453.

⁸⁴ Por todos, Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 488, que habla de excepción «en sentido sustantivo o material».

⁸⁵ Para el Derecho español, el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a plantear el problema en nuevos términos: literalmente, establece que, alegada la nulidad absoluta como simple excepción, puede dársele el mismo tratamiento que si se hubiera formulado reconvencción. La doctrina procesalista (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al artículo 222», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, p. 411; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., «Comentario al artículo 408», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, p. 686) ha advertido, con razón, que aunque el artículo sólo se refiere a la nulidad absoluta lo mismo sucederá cuando la causa que se alegue sea de anulabilidad, y ello por dos razones fundamentalmente: porque en muchos casos sólo tras la sentencia quedará claro si se trataba de nulidad o de anulabilidad y porque, además, la propia ley establece que en ningún caso se considerará formulada reconvencción cuando el demandado finalice su escrito solicitando su absolución (art. 406.3: aunque se alegue anulabilidad para negarse a cumplir).

I. Plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad

El artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato.

a) *El plazo es de prescripción*

El anteproyecto de Código Europeo califica como de prescripción al plazo fijado para la acción de nulidad. En el artículo 1.301 del Código Civil se establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad, que la doctrina y jurisprudencia entienden referida, de manera unánime, a los casos de anulabilidad previstos en el propio artículo⁸⁶. Se discute, en cambio, si el plazo es de caducidad⁸⁷ o de prescripción. Frente a la opinión doctrinal mayoritaria, el Tribunal Supremo califica al plazo como de prescripción, y ha sacado importantes consecuencias de esta declaración⁸⁸.

En el anteproyecto de Código Europeo expresamente se califica al plazo como de prescripción. Si el plazo es de prescripción, ello significa que es susceptible de interrupción, conforme al artículo 134 del Código. Pero, al igual que decíamos al hablar de la regulación de esta materia en la nulidad, no parece que esa interrupción pueda producirse por la declaración extrajudicial a que se refiere el artículo 148.1, porque es una exigencia del anteproyecto de Código Europeo para que se admita a trámite la demanda.

b) *¿Qué prescribe?*

En el Derecho español, la doctrina está dividida asimismo acerca de si el plazo es aplicable a la acción de nulidad o a la acción de restitución. De Castro⁸⁹ y Delgado⁹⁰ han defendido, de manera muy convincente, que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1.301 se refiere al derecho a pedir la restitución de lo entregado por

⁸⁶ Por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 332.

⁸⁷ Por todos, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 491.

⁸⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 337.

⁸⁹ DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, pp. 499, 505 y 511.

⁹⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Artículo 1.301*, p. 336.

el contrato nulo: la posibilidad de pedir que se declare la invalidez del contrato no está sujeta a prescripción ni a caducidad precisamente por ser una acción meramente declarativa. A esta tesis de la doble acción se ha objetado que no se ve la utilidad que se obtendría de admitir una anulación pura y simple sin que el demandante pida la restitución⁹¹. Lo cierto es, sin embargo, que la distinción entre acción declarativa y restitutoria tiene sentido, por ejemplo, cuando a quien padece el vicio de consentimiento o la falta de capacidad se le exige el cumplimiento del contrato transcurrido el plazo previsto para el ejercicio de la acción: si se entiende que no ha prescrito la posibilidad de solicitar la declaración de la nulidad siempre podrá oponerse a esa acción de cumplimiento haciendo valer la invalidez del contrato.

Desde este punto de vista, el artículo 148.5 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos, tras fijar en tres años el plazo para la anulación del contrato, añade que «la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años». Es decir, que la parte legitimada para hacer valer la nulidad puede formular la declaración de nulidad en cualquier plazo para oponerla como excepción y negarse al cumplimiento del contrato.

c) *Dies a quo*

El plazo de prescripción «empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato» (art. 148.5 del anteproyecto de Código Europeo).

En nuestro Derecho, la misma regla resulta para la incapacidad y la intimidación (art. 1.301 del Código Civil).

Para el error, el artículo 1.301 del Código Civil atiende a la consumación del contrato, y no al momento de descubrimiento del error, lo que protege más a la parte que lo ha padecido.

Los casos en los que el plazo empieza a correr el día de la celebración del contrato son los de vicio de la voluntad del representante o del representado y el autocontrato (arts. 67 y 68 del Código).

⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos*, I, 1996, p. 489. Le sigue (con cita de anteriores ediciones) LÓPEZ-BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 53.

J. Conservación del contrato

Para un supuesto especial, el artículo 149.1 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece una regla de «conservación» del contrato anulable: «La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), *la otra parte se compromete* a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada».

Es evidente que este precepto tiene sentido únicamente en los casos en que se ha producido un error. Así debe entenderse la referencia «al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato».

La declaración a que se refiere el artículo 149 es la prevista en el artículo 148.1, es decir, la que la parte legitimada para anular el contrato debe dirigir a la otra parte con el fin de alcanzar, si es posible, un acuerdo extrajudicial. De esta forma, quien ha padecido el error pone este hecho en conocimiento de la otra parte, y ésta puede así, si quiere, comprometerse «a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada».

No existe una regla semejante en el Derecho español, aunque no cabe duda de que al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden llegar a un nuevo acuerdo que sustituya al anterior y al que queden vinculadas las dos⁹². El nuevo acuerdo, para la parte que estaba legitimada para impugnar el contrato debe valorarse como una renuncia a la acción o una confirmación tácita (art. 1.311 del Código Civil).

K. La confirmación del contrato

A diferencia de lo que sucede con la llamada confirmación del artículo 143 para los contratos nulos, que debe ser realizada por

⁹² La doctrina suele admitir la novación de las obligaciones anulables: por todos, SANCHO REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 1.208», en *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 310. También, GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Comentario al artículo 1.208», en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz coordinador), Aranzadi, 2001, p. 1435.

ambas partes contractuales, el artículo 149.2 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos se refiere a la confirmación del contrato anulable, que sólo puede ser efectuada por la parte legitimada para ejercer la acción de nulidad (o por su representante legal si es incapaz). Esta confirmación es semejante a la que regula el Código Civil español para los contratos anulables, siendo precisamente ésta una de las diferencias fundamentales entre el contrato nulo y el anulable. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que entre los casos de anulabilidad en el anteproyecto de Código Europeo se menciona el autocontrato (art. 68), figura para la que en Derecho español suele defenderse tanto la anulabilidad como la ratificación del artículo 1.259 del Código Civil.

En el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, la confirmación del contrato anulable se lleva a cabo mediante una declaración de renuncia a la anulación o mediante el cumplimiento voluntario del contrato. La declaración de renuncia a la anulación debe hacerse «observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36», es decir, conforme a la forma especial prevista para la prueba del contrato (forma escrita si el contrato tiene un valor superior a 5.000 euros y, para la oponibilidad a terceros, que la fecha de los documentos se pueda tener por cierta). Se trata, por tanto, de un negocio unilateral y formal, probablemente no recepticio, que completa o integra el contrato anulable al que se refiere⁹³.

El criterio del anteproyecto de Código Europeo de Contratos en materia de confirmación del contrato anulable es muy restrictiva si se compara con el Derecho español, que admite la confirmación expresa y la tácita, y ésta a través de actos concluyentes (incluyendo el caso más claro, de cumplimiento del contrato, pero también otros muchos, como la recepción o exigencia de la prestación de la otra parte, petición de plazo para pagar, constitución de garantías, realización de actos que impliquen imposibilidad de restablecer el *statu quo ante*...⁹⁴). En el anteproyecto de Código Europeo se exige una confirmación expresa (no parece necesario, en cambio que haya que utilizar la expresión «renuncia» de la anulabilidad, siempre que se utilice la forma requerida por el Código y sea inequívoca la voluntad de confirmar el contrato) o el cumplimiento del contrato. Si no se produce uno de los dos actos a los que se refiere el anteproyecto de Código Europeo (renuncia o cumplimiento), la parte legitimada siempre tendrá abierta la vía de hacer valer la anulabilidad, aun cuando haya observado alguna conducta

⁹³ Para el Derecho español, para las distintas teorías sobre la confirmación expresa, CLAVERÍA L. H., *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, pp. 271 ss.

⁹⁴ Una enumeración en CLAVERÍA, L. H.: *La confirmación*, pp. 233 ss.

objetivamente contradictoria con el posterior ejercicio de la acción de anulabilidad. Cabe pensar que se ha tratado de dar seguridad y certeza evitando la posibilidad de que se produzcan situaciones ambiguas susceptibles de ser interpretadas de manera diferente acerca de la voluntad de confirmar o no el contrato. Parece poco razonable, sin embargo, que se excluya todo posible juego de la interpretación de la voluntad de las partes, porque en ocasiones pueden verse defraudadas de manera injustificada las expectativas y la confianza generada en la otra parte acerca del contrato (por ejemplo, si se le exige el cumplimiento a la otra parte y después se impugna). Quizás estos resultados contrarios a la buena fe puedan evitarse generalizando lo previsto en el artículo 151.5 (ejercicio de la acción de anulabilidad contrario a la buena fe), que literalmente sólo se refiere al contrato anulable por error.

Por lo que se refiere a los presupuestos de la confirmación, el artículo 149.2 del anteproyecto de Código Europeo de Contratos establece que «la confirmación supone que tal contratante –o, si es incapaz, su representante legal– está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad». De manera análoga, en Derecho español, el artículo 1.311 del Código Civil exige, para la confirmación tácita, el conocimiento de la causa de anulabilidad y previa cesación de ésta, pero la doctrina generaliza la exigencia de este requisito también para la confirmación expresa⁹⁵. Parece lógico en cualquier caso que se tenga conocimiento de la causa de nulidad en el sentido de que sabe que es impugnabile, aunque desconozca exactamente el tipo de ineficacia de que se trate. La confirmación estaría viciada, al igual que el contrato, si quien confirma «no está en condiciones de celebrar un contrato válido» o «no es plenamente consciente del motivo de la anulabilidad».

L. La anulabilidad parcial

En Derecho español carece de una regulación general de la nulidad parcial. La jurisprudencia admite su existencia y la doctrina ha puesto de relieve que no es una modalidad de invalidez distinta de la nulidad o de la anulabilidad, sino que la limitación de la ineficacia a una cláusula o parte del contrato es compatible tanto con la nulidad como con la anulabilidad, puesto que la parte inválida puede ser nula o anulable⁹⁶.

⁹⁵ CLAVERÍA, L. H.: *La confirmación*, pp. 159 ss.

⁹⁶ DELGADO, J.: *Artículo 1.303*, p. 405.

El anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en su artículo 146.3 expresamente recoge este planteamiento, al disponer que el régimen de la anulabilidad es aplicable cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, «siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto». En caso contrario, si la parte del contrato anulable no goza de esta autonomía habrá que entender, continúa el precepto, que no es posible la nulidad sólo de la cláusula o de la obligación, sino que la nulidad se propagaría a todo el contrato.

IV. LA INEFICACIA CONTRACTUAL

1. CONSIDERACIÓN GENERAL: CONCEPTO, CLASES Y MODO DE OPERAR

A. Concepto

Como un tipo de anomalía contractual, el artículo 153 del anteproyecto de Código Europeo se ocupa de la «ineficacia», que refiere a «un contrato válidamente celebrado» y que consiste en que el contrato «no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar». En el anteproyecto de Código Europeo se separan las categorías de nulidad y anulabilidad de la de ineficacia, prevista sólo para los contratos válidos. Pero esta distinción, tal como se concibe en el Código, puede dar lugar a cierta confusión, puesto que «la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto» (art. 141) y la anulación «deja sin efectos al contrato retroactivamente» (art. 147). Es decir, nulidad y anulabilidad determinan la falta de efectos desde el origen o retroactivamente desde su celebración si se declara la nulidad, porque se parte del presupuesto de que tanto el contrato nulo como el anulable son inválidos. Para el contrato «ineficaz» se parte, en cambio, de su validez inicial, si bien «por voluntad de las partes o por disposición legal» el contrato no produce los efectos jurídicos que pretendía alcanzar.

B. Clases

a) INEFICACIA «POR VOLUNTAD DE LAS PARTES O POR DISPOSICIÓN LEGAL».

i) *Ineficaz por voluntad de las partes*

El artículo 153.2 considera ineficaz por voluntad de las partes: «a) el contrato simulado conforme al artículo 155 salvo lo aquí dispuesto; b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes; c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan».

Se incluyen tres supuestos que, en nuestro ordenamiento, no reciben el mismo tratamiento. En Derecho español el contrato simulado, al que me refiero específicamente más adelante, es nulo. En cambio, la aposición de una condición o de un término en el contrato, al igual que en el anteproyecto de Código Europeo, en nuestro Derecho también está relacionado con la producción de efectos. El artículo 153.2 del anteproyecto de Código Europeo se remite a lo dispuesto en los artículos 49 ss. título VI (*Efectos del contrato*), sección 2. (*Efectos producidos por elementos accidentales*)⁹⁷. Finalmente, por lo que se refiere al contrato que se haga depender por las partes de una autorización de un organismo público, de la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, en Derecho español recibe el mismo tratamiento que el contrato bajo condición, porque condición puede ser cualquier acontecimiento incierto, incluida la voluntad de un tercero (art. 1.115 del Código Civil). Repárese en que el precepto del anteproyecto de Código Europeo se refiere al caso de que sean las partes las que acuerdan que la eficacia del contrato no tenga lugar hasta que se produzca, en su caso, la autorización de un organismo público. Los supuestos en que sea la ley la que exija esa autorización serán de nulidad [art. 140.4 *i.f*] o de ineficacia por disposición legal, y a ellos se refiere el artículo 153.4.*b*) del anteproyecto de Código Europeo.

Para el contrato ineficaz por voluntad de las partes dispone el artículo 153.3 que adquiere eficacia inmediata «si las partes de

⁹⁷ *Vid.* la traducción de S. Gaspar Lera en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44. 2002.

mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior». Es lógico que así sea, puesto que esa falta de eficacia era también una consecuencia de la voluntad de las partes, que tienen en su mano la facultad de otorgar en cualquier momento, y de mutuo acuerdo, plena eficacia al contrato celebrado. No aclara el artículo si la eficacia será retroactiva o sólo a partir del momento del nuevo acuerdo: la expresión literal del precepto mueve a pensar que la eficacia se produce para el futuro, pero nada impide que las partes acuerden una eficacia retroactiva al momento de celebración del contrato (como expresamente prevé el artículo 49 del anteproyecto de Código Europeo para los contratos bajo condición suspensiva).

ii) *Ineficacia por disposición legal*

La enumeración de los supuestos de ineficacia por disposición legal va precedida de la salvedad de que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140. Puesto que esos apartados se refieren a nulidad del contrato, debe entenderse que la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación lo será salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del artículo 140, que declara la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad. En particular, esto puede suceder, por ejemplo, cuando el contrato contraría una norma o carece de una necesaria autorización administrativa exigida por determinada norma. La nulidad o la ineficacia resultará de lo dispuesto en cada caso en la norma en cuestión.

En particular, son ineficaces por disposición legal:

– «a) El contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos»: en Derecho español, la doctrina suele considerar que, en tales casos, lo que sucede es que tales declaraciones se consideran intrascendentes (en broma, por jactancia, como ejemplo didáctico o en una representación teatral), que no hay voluntad contractual ni, por tanto, verdadera declaración contractual⁹⁸.

Puesto que el artículo 140.1.c) del anteproyecto de Código Europeo sanciona con nulidad la falta de un elemento esencial del contrato, cabría entender que este es el caso de las declaraciones no serias, *iocandi causa*, o sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos (quien levanta la mano para rascarse durante la

⁹⁸ Por todos, LACRUZ, J. L.: *Elementos* II-1, 1999, p. 402.

celebración de una subasta, o creyendo que aceptaba algo distinto a la oferta de contrato –ir a cenar, de lo que también habían hablado–). Hechas las declaraciones o el contrato de buena fe, son ineficaces. En los demás casos, nulos [art. 140.1.c)]. Dada la dificultad para distinguir uno y otro ámbito de ineficacia y nulidad, el Código parece inclinarse porque prevalezca la nulidad, lo que parece preferible para los intereses de quien, a su vez de buena fe, y con base en la apariencia generada, crea que el contrato se ha celebrado.

– «b) El contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar»; si la falta de eficacia es prevista por las partes y no por la ley será de aplicación lo previsto en el artículo 153.3 (las partes pueden prescindir, por su sola voluntad, de la necesidad de la autorización, para que el contrato despliegue todos sus efectos); prevista por la ley la necesidad de una autorización, la sanción puede ser, conforme a la propia ley, la nulidad, y no la ineficacia, y entonces será de aplicación el régimen de nulidad del artículo 140 del anteproyecto de Código Europeo. No hay que descartar, me parece, que la falta de otorgamiento de una autorización pueda jugar en el plano de la validez del contrato (si afecta, por ejemplo, al consentimiento de una de las partes: error, art. 151 del anteproyecto de Código Europeo).

En Derecho español hay algunas leyes en las que expresamente se establece la consecuencia que, para las partes de un contrato, tiene la falta de una preceptiva autorización administrativa (así, la nulidad, para las convenciones prohibidas por el artículo 1 de la Ley de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia, o la posibilidad de que una de las partes inste la resolución del contrato, artículo 19 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1980). Pero son mayoría las normas en las que, previstas las medidas punitivas que puede adoptar la Administración, no se contempla, en cambio, la relevancia civil de las autorizaciones administrativas requeridas para la celebración o la ejecución de un contrato. El enfoque tradicional de la jurisprudencia es el de declarar la irrelevancia civil de tal exigencia y la doctrina discute acerca de la posibilidad de formular una cláusula condicional suspensiva hasta verificar que se ha obtenido la autorización⁹⁹

– «c) El contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea,

⁹⁹ VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud contractual*, pp. 242 ss.

declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante»: es decir, cualquier otro supuesto de ineficacia prevista en una ley distinta del anteproyecto de Código Europeo.

b) INEFICACIA TEMPORAL O DEFINITIVA

La ineficacia puede ser temporal o definitiva (art. 153.1): será temporal, por ejemplo, si en el contrato bajo condición suspensiva se cumple la condición, o si se otorga la autorización administrativa requerida en la ley; definitiva si no llega a cumplirse la condición o se deniega la autorización administrativa exigida.

Si el contrato resulta definitivamente ineficaz en virtud de las letras *b)* y *c)* del apartado 4 de este artículo «es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145». De esta forma, el Código extiende el tratamiento propio de los contratos nulos a los contratos definitivamente ineficaces por disposición legal como consecuencia de la falta de autorización administrativa o por contravención de ley. Parece lógico que así sea porque, ineficaz definitivamente el contrato, su situación es la misma que la del contrato nulo.

C. Modo de operar

Conforme al artículo 153.6, «la ineficacia se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos»: es decir, opera de modo automático, sin que sea precisa ninguna declaración ni judicial ni extrajudicial. Tampoco se prevé la necesidad de una declaración extrajudicial, ni la imposición del intento previo de un acuerdo extrajudicial ni un plazo de prescripción.

Pero esta regla juega plenamente sólo en los casos de ineficacia por voluntad de las partes e ineficacia por disposición legal derivada de la falta de autorización de un órgano público o aprobación de un particular. Así resulta de lo dispuesto en el propio artículo 153.6 que, añade que, en los casos a que se refieren las letras *a)* y *c)* del apartado 4 de este artículo (es decir, supuestos de ineficacia por disposición legal siempre que la causa de ineficacia no sea la emisión de autorización de un órgano público, aprobación de un particular u otro requisito semejante), cualquier interesado que quiera hacer valer la ineficacia debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo,

antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

El mecanismo es semejante a lo previsto para la nulidad y la anulabilidad. ¿Cuál es la razón por la que los autores del anteproyecto de Código Europeo han decidido tratar de manera diferente el modo de operar de ciertos casos de ineficacia?

Cuando se trata de ineficacia por voluntad de las partes podría entenderse que las partes en cualquier momento están facultadas para subsanar la anomalía de que se trate. Pero, si no lo hacen, ¿por qué no existe un plazo de prescripción? ¿En cualquier momento puede invocarse la ineficacia si no se ha subsanado la anomalía? La redacción del precepto lleva a una respuesta positiva. Para un caso concreto de ineficacia por voluntad de las partes, el de simulación, al que me refiero más adelante, el artículo 155.3 se refiere a la posibilidad de que las partes emitan una declaración extrajudicial, pero no se establece la consecuencia de que sin ella no pueda admitirse a trámite la demanda, sino que se limita a establecer una especialidad en materia de prueba. En los casos de contratos sometidos a término o a condición las partes han podido fijar el momento a partir del cual el contrato, según los casos, producirá o dejará de producir efectos. Es a la voluntad de las partes a lo que debe atenderse en cada caso. En los supuestos de necesaria autorización administrativa será seguro que el contrato no producirá efectos a partir del momento en que se pueda tener por denegada (incluso, en su caso, por silencio administrativo): en cualquier momento, frente a una pretensión de cumplimiento puede alegarse la ineficacia del contrato. Surge la duda, sin embargo, de cuáles son las consecuencias en los casos en los que, a pesar de la ineficacia, una de las partes ha cumplido, sin que pueda entenderse que se haya querido eliminar la causa de la ineficacia, conforme al artículo 153.3. ¿Cuál es el plazo de ejercicio de esa acción de restitución? ¿El de tres años, fijado en el artículo 153.3? ¿A partir de qué momento empieza a correr el plazo? Siendo acción de restitución, ¿a partir del cumplimiento o a partir del momento en que resulte definitiva la ineficacia?

Los casos de ineficacia por disposición legal incluyen tanto supuestos que deberían haber sido tratados como de inexistencia

[art. 153.4.a)] y casos de ineficacia previstos en otras leyes como casos de ineficacia en los que falta una autorización administrativa. Sólo para estos últimos se elimina la exigencia de una previa declaración extrajudicial y se prescinde del plazo de prescripción. No se ve la razón para estas distinciones que, creo, se deben a una defectuosa redacción del largo y complejo artículo 153.6.

2. LA INOPONIBILIDAD COMO TIPO DE INEFICACIA

A. Concepto y clases

Aunque no existe una regulación general de la inoponibilidad, la doctrina española suele referirse a ella como una ineficacia (en sentido estricto) relativa, es decir, sólo respecto de ciertos sujetos, cuya situación jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato –válido– por otras personas. Así se explican, por ejemplo, los supuestos contemplados en el artículo 1.228, en el 1.230, en el 1.317 del Código Civil o en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, según el cual «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero»¹⁰⁰.

El artículo 154 del anteproyecto de Código Europeo contiene una enumeración no exhaustiva de contratos «inoponibles a los terceros o a algunos terceros»:

– a) «El contrato disimulado conforme al artículo 155, salvo lo aquí dispuesto»; de este supuesto me ocupo específicamente en otro epígrafe.

– b) «Fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros»: se configura la inoponibilidad, entonces, como un tipo de ineficacia específica para la protección de los intereses de terceros, salvo que se imponga la nulidad, por tratarse de supuestos que afecten al orden público, a las buenas costumbres, al interés general o a situaciones de importancia social primaria.

En la doctrina española advierte Delgado cómo, aunque la distinción entre nulidad e inoponibilidad es, en principio, concep-

¹⁰⁰ Otros posibles supuestos de inoponibilidad y, en general, una discusión del concepto en ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Introducción al estudio de la inoponibilidad», en *«Homenaje Vallet de Goytisolo»*, 1, 1988, pp. 81 ss. y RAGEL SÁNCHEZ, F., *Protección de tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

tualmente muy clara, se trata, sin embargo, de técnicas hasta cierto punto intercambiables cuando los intereses que se pretende proteger no son los de las partes del contrato, sino de terceros, de modo que el legislador puede optar libremente por una u otra ¹⁰¹.

– c) «El contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años».

En Derecho español, el contrato en fraude de acreedores es rescindible (art. 1.291 del Código Civil), pero la doctrina entiende que el alcance de la ineficacia es el de una ineficacia relativa, lo que significa que el contrato rescindido es ineficaz tan sólo respecto del acreedor que lo rescinde y en la medida del crédito defraudado. Para los demás acreedores y para las partes el contrato mantiene su eficacia ¹⁰². En Derecho español la acción dura cuatro años, y el plazo se entiende que es de caducidad (art. 1.299.1 del Código Civil).

– d) «Las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce»: he de confesar que no imagino a qué hipótesis se refiere esta regla; ¿si el contrato es nulo, para las partes, además es inoponible para los terceros?; parece innecesaria tal regla, si es eso lo que quiere significar; pero, en realidad, la regla tampoco se refiere a los contratos, sino que predica la inoponibilidad de «las situaciones y relaciones de hecho» que subyacen en el contrato nulo, lo que hace todavía más difícil asignarle un sentido.

– e) «El contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles

¹⁰¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Capítulo VI», Edersa, XVII-2, 1995, p. 283. Por ejemplo, dice este autor, la protección de un cónyuge, en el régimen de gananciales, frente a los actos de disposición realizados por el otro sin su consentimiento la ha encauzado el legislador mediante el instrumento de la anulabilidad cuando son a título oneroso y el de la nulidad cuando gratuito (arts. 1.322, 1.377 y 1.378 del Código Civil); pero pudo muy bien hacerlo mediante la inoponibilidad del contrato al cónyuge cuyo consentimiento se pretirió, como una parte de la doctrina consideraba más adecuado, y como, por ejemplo, lo ha hecho el legislador aragonés: *vid.* artículo 53.2 Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad («El cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en *petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible*, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de la protección de terceros de buena fe»).

¹⁰² Por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, M., «La protección del crédito», en *Curso de Derecho civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, p. 231.

a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante»: puede haber otros supuestos de inoponibilidad frente a terceros o a determinados terceros.

B. Modo de operar de la inoponibilidad

Puesto que es un tipo de ineficacia, el modo de operar de la inoponibilidad conforme al artículo 154. 2 es semejante al previsto para la ineficacia¹⁰³, y se plantean problemas de interpretación análogos a los que he expuesto al comentar los artículos 138.2, 140.2, 144.4 y 153.6. El plazo de prescripción es de tres años, y juega tanto para la declaración extrajudicial como para la constatación extrajudicial de la inoponibilidad: al igual que sucede en los demás supuestos, la no formulación a tiempo de la declaración extrajudicial impedirá que se admita la demanda.

3. ESPECIAL REFERENCIA A LA SIMULACIÓN Y A LA RESERVA MENTAL

A. Simulación

a) EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

Siendo la simulación un supuesto tan frecuente en la práctica, como muestran los repertorios de jurisprudencia, parece criticable que no se haya introducido en el Código una regulación más sencilla y sistemática. Por un lado, la simulación es contemplada en el artículo 153.2.a) como un caso de ineficacia por voluntad de las partes; luego, el artículo 154 califica al contrato disimulado de inoponible frente a terceros y, finalmente, el artículo 155, se ocupa del negocio simulado conjuntamente desde la perspectiva de las partes y de los terceros.

En Derecho español, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el contrato simulado es nulo, con nulidad absoluta, por con-

¹⁰³ «La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (seis) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172».

siderar que, al ser un contrato no querido, no existe consentimiento, mientras que, el negocio disimulado, si lo hay, es, en principio válido, siempre que reúna los requisitos para la validez de ese tipo contractual¹⁰⁴. En Derecho español, la jurisprudencia entiende que la acción de simulación, meramente declarativa, ni caduca ni prescribe, si bien puede ser incompatible con situaciones consolidadas por usucapión¹⁰⁵.

Las líneas esenciales de la simulación en el artículo 155 del anteproyecto de Código Europeo son las siguientes:

– Como regla general, se califica de «ineficaz» al «contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia», si bien deja a salvo la posibilidad de que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea. Conforme al anteproyecto de Código Europeo, si las partes han querido celebrar un contrato diferente, disimulado (simulación relativa), es este último el que produce efectos, «siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado»;

– Para que el contrato disimulado sea válido y eficaz, además de ser querido y cumplir los requisitos de ese contrato, es preciso que no haya sido realizado en fraude de ley o de acreedores;

– En el caso de que la simulación sea realizada en fraude de ley o de acreedores, el artículo 155 declara que son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

La ineficacia, al igual que la nulidad, significa ausencia de efectos, si bien, como ya he advertido anteriormente, existe alguna diferencia de régimen jurídico. Se ha querido establecer una diferencia entre el contrato simplemente simulado y el simulado en fraude de terceros o de ley. Entre los contratos simulados que no se han realizado en fraude de ley habrían de quedar incluidas las simulaciones por razones inocentes, o al menos no ilícitas¹⁰⁶. La diferencia de régimen queda justificada porque para el contrato simplemente aparente, las partes pueden hacer desaparecer el acuerdo de simulación (art. 153.3 del anteproyecto de Código Europeo) mientras que si, además, el contrato se ha realizado en fraude, el simple acuerdo no puede hacer desaparecer la anomalía.

¹⁰⁴ Por todos, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, pp. 333 ss.

¹⁰⁵ LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 408.

¹⁰⁶ A las que se refiere, por ejemplo, DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 350.

Por lo que se refiere al contrato en fraude de acreedor, el propio Código dispone que es inoponible a ese acreedor [art. 154.c)]; si es simulado y en fraude, ¿es nulo para las partes por considerarse contrario a norma imperativa, conforme al artículo 140?, ¿qué razón existe para calificar de nulo a este contrato y no a todo contrato simulado?, ¿se considera más grave la simulación si es en fraude de acreedores? Seguramente ésta es la razón última que han podido tener en cuenta los autores del Código, sin distinguir ya entre el negocio simulado y el disimulado.

En Derecho español, el contrato en fraude de ley, aun contemplado como manifestación especial del fraude de ley¹⁰⁷, no daría lugar siempre a la nulidad del contrato sino, en su caso, a la aplicación de la ley que se hubiera tratado de eludir: la nulidad sería, en algún caso, consecuencia de la aplicación de la ley defraudada, pero no una regla general del fraude de ley. Lo que sucede es que, en la lógica del Código, la norma defraudada será, por hipótesis, norma imperativa, y el artículo 140 sanciona con nulidad al contrato contrario a cualquier norma imperativa aplicable. Desde este punto de vista, la coherencia con el artículo 140 exigiría la nulidad del negocio disimulado. En los casos de fraude de ley, la nulidad del simulado impuesta por el artículo 155.1 y no la mera ineficacia sería, además, un plus que impediría a las partes dotar de eficacia al contrato aparente mediante un acuerdo que revocara el acuerdo de simulación.

Puesto que se concibe a la simulación como un caso de ineficacia entre las partes (cuando no haya fraude de ley ni de acreedores), habrá que atender a lo previsto en el artículo 153. El contrato simulado es ineficaz, pero las partes pueden revocar de mutuo acuerdo la simulación (art. 153.3). Las partes pueden, también, hacer valer la ineficacia, en los términos del artículo 153.6. Ya me he referido antes al problema que plantea este precepto (*vid.* apartado IV.1.C), la ausencia de una regla sobre prescripción y de referencia a la necesidad de que se intente un arreglo extrajudicial con carácter previo al ejercicio de una acción de simulación.

Pero las partes pueden también hacer valer el contrato disimulado. Ello presupone que al mismo tiempo, o de forma previa, se ha hecho valer la simulación, la ineficacia del contrato simulado. Dispone el artículo 155.3 que, las partes, para hacer valer el contrato disimulado, «después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no

¹⁰⁷ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, pp. 369 ss.

pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato documentado es ilícito o en todo caso nulo».

Esto significa que, en un proceso judicial, habrá que entender, se excluye la prueba de testigos y se afirma que sólo se puede utilizar la prueba documental para probar la validez del contrato disimulado, oculto. Enlaza este tratamiento de la simulación con las «contre-lettres», acuerdo oculto entre las partes, por el que se modifica o anula el aparentemente celebrado, y que en la jurisprudencia francesa sólo puede hacerse valer entre las partes mediante prueba escrita si el acuerdo aparente fue escrito, salvo en los casos de fraude. Mayor amplitud de prueba se admite para los casos en que se pretenda que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo (por fraude de ley o de acreedores) ¹⁰⁸.

b) LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS

En Derecho español, los terceros están legitimados para ejercer la acción de nulidad por simulación: los legitimarios, acreedores, arrendatarios de los bienes aparentemente enajenados, adquirentes o cesionarios de posiciones jurídicas derivadas de la simulación... ¹⁰⁹.

Frente a esta situación, y desde una perspectiva radicalmente distinta, en el anteproyecto de Código Europeo, en cambio, los terceros no están legitimados para que se declare la ineficacia del contrato simulado. Si el contrato es en fraude de ley o de acreedores (no se menciona a otros terceros), es nulo tanto el contrato simulado como el disimulado, pero tampoco en este caso se prevé la legitimación de terceros diferentes de las partes. El contrato disimulado es válido y eficaz, entre las partes, si se dan las circunstancias antes referidas. Pero, frente a los terceros, el contrato disimulado es inoponible [art. 154.1.a)]. Los terceros, conforme al artículo 155. 2, «además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito». Se configura de este modo con gran amplitud un tipo de inoponibilidad. La inoponibilidad del contrato disimulado puede tener lugar en todos los casos, y no

¹⁰⁸ TERRÉ, F., SIMLER, Ph., LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 6 ed., Dalloz, Paris, 1996, pp. 426 ss.

¹⁰⁹ LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 408.

sólo cuando el contrato es en fraude de acreedores. Literalmente, el Código trataría de que los terceros pudieran evitar que el contrato disimulado, válido y eficaz entre las partes, produzca efectos para ellos, lo que parece lógico si se conecta este régimen con la idea de la apariencia.

Me parece que este texto puede ponerse en relación con la idea, aceptada por la jurisprudencia española, de que la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que hubiesen conseguido alguna posición jurídica confiados en la apariencia del negocio simulado: es decir, quien adquiere de buena fe su posición de quien tiene su título viciado por la simulación ¹¹⁰.

En el anteproyecto de Código Europeo, los terceros que quieran hacer valer la inoponibilidad pueden alegarla en primer lugar como excepción: lo que presupone que se ejercita frente a ellos una demanda. Parece razonable entender que no existe plazo para hacer valer esa inoponibilidad. También pueden declarar su voluntad de hacer valer esa inoponibilidad (art. 155.2). Parece que, entonces, la regla debe completarse con lo dispuesto en el artículo 154 con carácter general para la inoponibilidad. ¿Debe jugar, entonces, el plazo de prescripción de tres años? ¿Desde qué momento? Como decía anteriormente, la regulación de la simulación es compleja y poco satisfactoria.

B. Reserva mental

En Derecho español, la reserva mental, para el caso de que la declaración sea realizada voluntariamente pero con una voluntad reservada, oculta, contraria a lo declarado, suele considerarse irrelevante. El declarante queda vinculado por su declaración por respeto a la confianza suscitada en los demás. La tesis de que, como excepción, la creencia de que la reserva se conoce hace que no se quede vinculado, suele excluirse por la doctrina, que la considera incompatible con el concepto de negocio jurídico: si el declarante supiese que la otra parte conoce la falta de seriedad o de voluntad no hay reserva sino inexistencia de declaración negocial ¹¹¹.

El artículo 155.4 del anteproyecto de Código Europeo, en un artículo rubricado «simulación y reserva mental», y que dedica sus tres primeros apartados a la simulación, establece que: «Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que el destinatario lo haya

¹¹⁰ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 360; LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 411.

¹¹¹ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, p. 96; LACRUZ, J. L., *Elementos II-1*, 1999, p. 402.

podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores». La buena fe es, por tanto, el criterio para determinar la relevancia de la reserva. Además, los autores del anteproyecto de Código Europeo se inclinan por considerar que la reserva puede ser relevante entre las partes si es conocida por ambos y, en tal caso, es como si hubiera un acuerdo simulatorio.

ANEXO: TRADUCCIÓN DE LA SECCIÓN 1 DEL TÍTULO XI DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS *

Título XI: Otras anomalías del contrato y sus remedios

SECCIÓN 1: ANOMALÍAS

Artículo 137. *Inexistencia*

1. No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.

2. En particular, no hay contrato:

a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y mientras llega a existir;

b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad;

c) si la aceptación –con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7– no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última;

d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera

* Traducción publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 (octubre-diciembre 2002).

de la producción sobrevinida de otros elementos que podrían añadirseles;

3. En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

Artículo 138. *Situación derivada de la inexistencia*

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el solo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 139. *No incorporación al contrato*¹¹²

Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 138 son aplicables también cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas.

Artículo 140. *Nulidad*

1. Salvo que la ley establezca otra cosa, el contrato es nulo:

- a) cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria;

¹¹² El texto original utiliza la expresión «caviardage», sin traducción equivalente, y se refiere a «cláusulas tenidas por no escritas», por lo que se ha optado por referir el epígrafe a la «no incorporación», expresión conocida y utilizada en algunos textos legales (en la regulación de condiciones generales, por ejemplo).

b) cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable;

c) cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5;

d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de aplicación;

e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante.

2. El apartado 1 de este artículo se aplica también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

3. En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados.

4. Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración. Es nulo también el contrato celebrado sin la previa autorización administrativa requerida.

5. Si el cumplimiento de un contrato válido se inserta en una actividad ilícita, el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquélla. En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora.

6. Dejando a salvo lo previsto en el artículo 137 apartado 2 letra d), el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva.

Artículo 141. *Efectos de la nulidad*

1. Salvo lo previsto en los artículos siguientes, la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de

restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161.

2. La nulidad se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos, pero la parte que quiera hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Si el contrato todavía no ha sido cumplido, la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento.

3. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 142. *Caducidad*

1. Si, con independencia de la voluntad de las partes, se produce la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación, la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos.

2. Salvo lo previsto en el apartado anterior, las disposiciones relativas a la nulidad se aplican a la caducidad.

Artículo 143. *Confirmación del contrato nulo*

1. Los contratos nulos por las causas previstas en el artículo 140, apartado 1, letra *a*), no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección.

2. Los contratos nulos por causas diferentes a las previstas en el apartado 1 de este artículo son susceptibles de confirmación. Ésta tendrá lugar mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminan la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera

sido válido desde el principio. Será de aplicación a este acto el artículo 36 apartado 2.

3. Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes.

4. Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144.

Artículo 144. *Nulidad parcial*

1. Dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 143 apartado 1, si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos coligados o con más de dos partes, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos o a la obligación de una sola de las partes, el principio contenido en el apartado 1 del presente artículo se aplica si el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no reviste un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el apartado 1 del presente artículo no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra.

4. La nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente.

Artículo 145. *Conversión del contrato nulo*

1. Con independencia de lo dispuesto en los artículos 40, apartado 2 y 143, apartado 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el apartado 1 de este artículo es aplicable también a una sola cláusula del contrato.

3. La conversión no tiene lugar si del contrato o de las circunstancias resulta ser otra la voluntad de las partes.

4. La conversión se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos; pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

5. Las disposiciones de este artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que se refiere a la ineficacia hay que estar a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 153.

Artículo 146. *Anulabilidad*

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo y sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad.

2. El contrato es anulable:

a) en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150;

b) en el caso de un vicio de consentimiento, conforme a los artículos 151 y 152;

c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68;

d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley.

3. Las disposiciones de este artículo se aplican también cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto.

Artículo 147. *Efectos de la anulación*

1. La anulación deja sin efectos¹¹³ al contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160.

2. La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160 apartado 4.

3. La anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado —en los términos del artículo 162— a la obligación de reparación del perjuicio experimentado por la otra parte, con el alcance previsto en el artículo 6 apartado 4.

Artículo 148. *Modalidades y plazo de la anulación*

1. Para proceder a la anulación del contrato, la parte legitimada —o su representante legal si es incapaz— debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

2. Con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. No puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces.

4. La otra parte o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado —o a su representante legal si se trata de un inca-

¹¹³ El texto original utiliza la expresión «anéantir», que se ha traducido por «dejar sin efecto», pero parece que también puede hablarse de invalidar, suprimir o eliminar.

paz— para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Son aplicables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

5. La anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato. Pero la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años.

Artículo 149. *Conservación y confirmación del contrato anulable*

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado sustancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, y continuar entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36, que renuncian a la anulación o cumplen voluntariamente el mismo contrato. La confirmación supone que tal contratante —o, si es incapaz, su representante legal— está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad.

Artículo 150. *Contrato celebrado por un incapaz*

1. En las hipótesis previstas en el artículo 5 apartado 2, el contrato celebrado por:

- a) un menor no emancipado;
- b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal;

c) una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender;

d) una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir;

es anulable conforme a lo previsto en los artículos 146 y siguientes, salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado con engaño su edad o si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables.

3. El contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente.

4. Anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo.

5. Los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal.

Artículo 151. *Contrato viciado por un error*

1. El error unilateral hace anulable el contrato cuando concurren los siguientes presupuestos:

a) si afecta a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) si ha sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

2. Si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable.

3. Si no se dan los presupuestos del apartado 1, el error que no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, únicamente le permitirá proceder a la anulación del contrato cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si únicamente se dan los presupuestos a que se refiere la letra *b)* del apartado 1, el error no anula el contrato, pero permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si:

a) se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determinante del consentimiento;

b) o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

5. La parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe; y si, no obstante, la parte persiste en su pretensión después de la contestación motivada de la otra parte, aquélla puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar a esta última una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

7. El error común: *a)* sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; *b)* o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; *c)* o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante, anulan el contrato de que se trate a iniciativa de cualquiera de las partes.

Artículo 152. *Contrato viciado por intimidación*

1. Con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30, es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus allegados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas.

2. La amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

3. Salvo lo previsto en el artículo 156, el temor reverencial sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Artículo 153 *Ineficacia*

1. Un contrato válidamente celebrado es ineficaz —es decir, no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar— bien por voluntad de las partes o por disposición legal, con arreglo a los apartados siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

a) el contrato simulado conforme al artículo 155 salvo lo aquí dispuesto;

b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes;

c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan;

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes adquiere eficacia inmediata si las partes de mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior.

4. Es ineficaz por disposición legal, salvo que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140 ¹¹⁴:

a) el contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la consciencia de realizar un acto con efectos jurídicos ¹¹⁵;

¹¹⁴ La versión francesa original establece que: «Est inefficace par disposition de loi, mis à part ce que prévoient les alinéas 1, 4 y 6 del art. 140». He optado por entender que lo que se quiere decir es que resulta la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del artículo 140, que declaran la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad.

¹¹⁵ La versión original utiliza el término «conscience», que se ha traducido literalmente, pero si se entiende que la regla se refiere a los casos de declaraciones en broma, o con fines docentes u otros semejantes, quizá fuera preferible utilizar la expresión «sin la intención».

b) el contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar;

c) el contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante.

5. El contrato que resulte definitivamente ineficaz en virtud de las letras b) y c) del apartado 4 de este artículo es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero en los casos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 4 de este artículo, cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 154. *Inoponibilidad*

1. Son inoponibles a los terceros o a algunos terceros:

a) el contrato disimulado conforme al artículo 155, salvo lo aquí dispuesto;

b) fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros;

c) el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años;

d) las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce;

e) el contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante.

2. La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

Artículo 155. *Simulación y reserva mental*

1. Es ineficaz el contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia, salvo que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea; y si además las partes pretenden celebrar un contrato diferente, disimulado, es este último el que produce efectos, siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. Los terceros, además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito.

3. Para hacer valer el contrato disimulado, las partes contratantes, después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo.

4. Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que

el destinatario lo haya podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme a los apartados anteriores.

