

UNIVERSIDAD CAMILO JOSE CELA

Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Económicas



**INVALIDEZ DEL NEGOCIO DISPOSITIVO SOBRE INMUEBLES
(DESDE UNA PERSPECTIVA COMUNICACIONAL)**

TESIS DOCTORAL

Autor: José María Trincado Aznar
Tutor y Director: Dr. Gregorio Robles Morchón

Madrid, 2022

Índice

<u>ABREVIATURAS</u>	9
<u>1 Introducción</u>	13
<u>1.1 Sistema de invalidez o pensamiento problemático sobre invalidez negocial</u>	17
<u>1.2 El sistema expositivo didáctico de nulidades mayoritario como expresión de un paradigmático sistema axiomático lógico deductivo</u>	27
<u>1.3 El sistema hermenéutico deductivo</u>	31
<u>1.3.1 Consideraciones generales. Breve resumen de la TCD</u>	31
<u>1.3.1.1. Teoría formal o pura del Derecho (sintaxis jurídica)</u>	33
<u>1.3.1.2 Teoría de la Dogmática jurídica (semántica jurídica)</u>	33
<u>1.3.1.3 Teoría de la Decisión jurídica (pragmática jurídica)</u>	36
<u>A) La Justicia extra-sistémica</u>	37
<u>B) La Justicia intrasistémica</u>	42
<u>1.3.2 El sistema hermenéutico-analítico</u>	44
<u>1.4 La distinción entre inmuebles y muebles</u>	45
<u>1.4.1 Consecuencia de la distinción</u>	47
<u>1.4.2 Quiebra de la distinción</u>	49
<u>A) Quiebra de la distinción en cuanto a la naturaleza: la inmovilización de los muebles y la movilización de los inmuebles</u>	49
<u>B) Quiebra de la distinción en cuanto al valor e importancia de los bienes. La crisis del brocardo medieval «res mobilis res vilis»</u>	50
<u>C) Conclusión: crítica de lege ferenda de la diferente capacidad para disponer de los bienes muebles e inmuebles</u>	50
<u>1.5 Validez y eficacia: Cuestiones generales</u>	53
<u>2. La invalidez del título dispositivo desde una perspectiva formal y sintáctica</u> ... 57	
<u>2.1 Breve reseña histórica</u>	57
<u>2.1.1 Derecho romano</u>	59
<u>2.1.1.1 Supuestos de nulidad y anulabilidad</u>	59
<u>2.1.1.1.1 Ineficacia de ius civile</u>	59
<u>2.1.1.1.1.1 La nulidad absoluta</u>	59
<u>2.1.1.1.1.2 La nulidad relativa de pleno derecho</u>	65
<u>2.1.1.1.1.3 La nulidad relativa provocada: la anulabilidad</u>	66
<u>2.1.1.1.2 Ineficacia de ius honorarium</u>	67
<u>2.1.1.2 Efectos de la nulidad</u>	68
<u>2.1.1.2.1 La regla general: la imposibilidad de convalidación</u>	68
<u>2.1.1.2.2 La regla especial: la convalidación y conversión del acto nulo</u>	69

A) La convalidación excepcional del acto nulo	69
B) La conversión del acto nulo	71
2.1.2 Derecho intermedio: La recepción del derecho común	74
2.1.2.1 La recepción del derecho común en el campo de la invalidez negocial: la Escuela de la Glosa	74
2.1.2.2 La escuela de los comentaristas	76
2.1.2.3 Derecho Medieval español	77
A) El Fuero Juzgo -	77
B) Las Partidas	77
2.1.2.4 Breve referencia a Francia	80
2.1.3 El proyecto de 1851 y el Código civil	82
2.1.4 La Pandectística o jurisprudencia de conceptos	82
2.1.5 La doctrina civilista del SXX en España. Breve referencia a los grandes Tratadistas del S XX ..	89
2.1.5.1 Breve referencia a la recepción de la doctrina de la ineficacia en los grandes tratadistas del SXX	91
A) Felipe Clemente de Diego Gutiérrez (1866 - 1945)	91
B) José Castán Tobeñas (1889-1969)	92
C) Federico de Castro y Bravo (1903 - 1983)	93
D) Luis Diez Picazo y Ponce de León (1931-2015)	97
E) Manuel Albaladejo García (1920-2012)	98
2.1.5.2 Conclusiones	99
2.2 ¿Invalidez o ineficacia?.....	99
2.2.1 La distinción entre invalidez e ineficacia	99
2.2.1.1 Planteamiento -	99
2.2.1.2 Crítica de la distinción -	100
2.2.1.3 Toma de posición	102
2.2.2 La ubicación de la rescisión dentro del sistema de ineficacias	104
2.2.2.1 Diferencia entre el negocio rescindible y el nulo y anulable	105
2.2.3 Los tipos de invalidez: crítica de la teoría bipartita de la nulidad	105
2.2.3.1 Breve introducción	105
2.2.3.2 La tesis clásica tripartita	106
2.2.3.3 Crítica a la categoría de inexistencia	108
2.2.3.4 La inexistencia en nuestra jurisprudencia	111
2.2.3.5 El renacimiento de la categoría de la inexistencia	112
A) A nivel nacional: la inexistencia como situación peculiar del supuesto de hecho negocial	112
B) A nivel europeo: la inexistencia como régimen jurídico distinto de la nulidad	115
2.2.4 Exposición de la teoría bipartita de las nulidades	116
2.2.4.1 Nulidad radical, absoluta o de pleno derecho	116

A) De pleno derecho o ipso iure.....	116
B) Ausencia de efectos negociales.....	117
C) Carácter absoluto de la nulidad.....	118
D) Apreciabilidad de oficio.....	120
E) Acción declarativa y sentencia meramente declarativa.....	121
F) El negocio nulo no es sanable por prescripción ni por confirmación. El carácter definitivo de la nulidad radical.....	121
2.2.4.2 La Anulabilidad.....	123
A) Invalidez provocada, sobrevenida y estructural.....	124
B) Invalidez inicialmente eficaz.....	124
C) Sentencia constitutiva.....	125
D) No apreciable de oficio.....	126
E) Legitimación relativa.....	126
F) El negocio anulable es sanable por el transcurso del tiempo y por confirmación.....	127
2.2.4.3 Crítica de la teoría bipartita de la nulidad.....	128
2.2.4.3.1 Crítica por sus resultados.....	130
2.2.4.3.2 Crítica por su dificultad de encajar todos los supuestos de invalidez y por su carácter inexorable.....	131
2.2.4.3.3 Crítica por sus fundamentos teóricos.....	132
2.2.4.3.4 Crítica del dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad.....	134
2.2.4.3.5 Crítica del dogma de la prescripción cuatrienal de la acción declarativa de anulabilidad.....	139
2.2.4.3.6 Crítica de otros caracteres de la nulidad clásica.....	140
A) El carácter ipso iure o de pleno derecho de la nulidad radical.....	140
B) Apreciación de oficio por el Juez.....	140
C) Legitimación activa.....	141
2.2.4.4 Las relaciones entre los distintos tipos de invalidez. -.....	142
A) La nulidad es la regla general y la anulabilidad la excepción.....	142
B) La nulidad es la regla general de los actos contra ley del art. 6.3 CC y la anulabilidad es la regla general en materia contractual.....	143
C) La nulidad es la regla general y la anulabilidad el régimen especial (no excepcional).....	144
D) No existe relación de jerarquía entre ambos tipos de invalidez. -.....	144
E) Teorías intermedias.....	144
F) Toma de postura.....	145
2.2.4.5 Flexibilización de la teoría bipartita de la invalidez.....	145
2.2.4.5.1 Nulidades atípicas de creación legal. -.....	146
A) Nulidades relativas por delimitación positiva (restricciones en la legitimación activa para interponer la nulidad).....	146
B) Nulidades atípicas por desviarse del régimen típico en materias distintas a la legitimación.....	147

C) Nulidades especiales en el orden penal.....	148
2.2.4.5.2 Nulidades parciales.....	148
A) Nulidad parcial "ex voluntate".....	150
B) Nulidad parcial imperativa o coactiva ex lege.....	151
2.2.4.5.3 Nulidades atípicas de creación jurisprudencial.....	151
A) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la legitimación absoluta de la nulidad: la denegación de la acción de nulidad a quien no ostente un interés legítimo o restricciones a la legitimación pasiva o nulidades relativas por delimitación negativa.....	152
A1) Teorías contrarias mayoritarias.....	152
A2) Teoría favorable minoritaria.....	153
B) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la retroactividad de la nulidad.....	156
C) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la insubsanabilidad de la nulidad.....	159
D) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la indisponibilidad e irrenunciabilidad de la nulidad.....	159
E) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la imprescriptibilidad de la nulidad.....	160
F) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la apreciabilidad de oficio de la nulidad.....	160
G) Flexibilización por vía jurisprudencial del rigor de la nulidad total mediante la técnica de la nulidad parcial.....	161
H) Flexibilización a posteriori del rigor de la nulidad clásica.....	161
2.2.5 La anulabilidad parcial.....	162
2.2.6 La anulabilidad absoluta.....	163
2.2.6.1 Breve referencia a la doctrina italiana. -.....	163
2.2.6.2 La admisibilidad de la anulabilidad absoluta en el derecho español.....	166
2.2.6.2.1 Posición doctrinal.....	166
2.2.6.2.2 Posibles supuestos de anulabilidad absoluta en derecho español.....	166
A) Derecho matrimonial. -.....	167
B) Derecho sucesorio.....	168
B1) El testamento otorgado con un vicio del consentimiento.....	168
B2) La partición del artículo 1057.3 CC: de la anulabilidad absoluta a la anulabilidad clásica.....	176
2.2.7 Nulidad relativa de pleno derecho.....	176
2.2.7.1 Introducción.....	176
2.2.7.2 La admisibilidad de la nulidad relativa de pleno derecho en el derecho español.....	177
A) Teoría clásica contraria a la nulidad relativa de pleno derecho.....	177
B) Teoría moderna favorable a la nulidad relativa de pleno derecho.....	178

2.2.8 Corolario.....	179
--------------------------------------	-----

3. La invalidez del título dispositivo desde una perspectiva dogmática o semántica.....181

3.1 La invalidez estructural del negocio dispositivo intervivos no sujeta la legislación consumerista.....181

3.1.1 Invalidez por defectos del título.....	181
--	-----

3.1.1.1 Invalidez por anomalías en el objeto del contrato.....	182
--	-----

3.1.1.1.1 La existencia del objeto.....	182
---	-----

A La carencia absoluta de objeto como defecto del título.....	182
---	-----

B La presencia aparente del objeto en relación a los sujetos como posible defecto del título.....	184
---	-----

C La carencia del tradens de la titularidad del objeto como defecto del modo: La venta de cosa ajena.....	184
---	-----

3.1.2.1 Invalidez por anomalías en la causa.....	185
--	-----

3.1.2.1.1 El requisito de la existencia de la causa y el problema de los contratos sin causa.....	186
---	-----

3.1.2.2.1 La ilicitud e inmoralidad de la causa.....	188
--	-----

3.1.2.2.1.1 Consecuencias de la ilicitud causal. Teorías.....	190
---	-----

3.1.2.2.1.2 Toma de postura.....	191
--	-----

3.1.2.3 El requisito de la veracidad de la causa.....	192
---	-----

3.1.3.1 Invalidez por anomalías en el consentimiento.....	192
---	-----

3.1.3.1.1 Capacidad en los negocios dispositivos onerosos intervivos sobre bienes inmuebles.....	192
--	-----

3.1.3.1.1.1 Cuestiones previas: Persona, personalidad jurídica y capacidad de obrar.....	192
--	-----

3.1.3.1.1.2 El concepturus.....	233
---	-----

3.1.3.1.1.3 El superpóstumo o postumísimo.....	234
--	-----

3.1.3.1.1.4 El nasciturus.....	234
--	-----

3.1.3.1.1.5 El menor no emancipado.....	235
---	-----

3.1.3.1.1.6 El menor emancipado.....	252
--	-----

3.1.3.1.1.7 Las personas mayores de edad con discapacidad.....	254
--	-----

3.1.3.1.1.8. El concursado.....	261
---	-----

3.1.3.1.1.9 El mandatario.....	262
--	-----

3.1.3.1.1.10 El autocontrato.....	268
---	-----

3.1.3.1.1.11 El ausente.....	273
--	-----

3.1.3.1.1.12 La persona jurídica. La enajenación de bienes inmuebles por las sociedades de capital.....	275
---	-----

3.1.3.1.1.13 Los entes sin personalidad.....	282
--	-----

3.1.3.1.1.14 Las Juntas de Compensación.....	292
--	-----

3.1.3.1.1.15 Entes eclesiásticos.....	295
---	-----

3.1.3.1.1.16 Asociaciones confesionales no católicas.....	300
---	-----

3.1.3.1.2. Capacidad en los negocios dispositivos gratuitos intervivos sobre bienes inmuebles.....	301
<u>Ala capacidad jurídica del donante y donatario. -</u>	303
3.1.3.2.1.1 El concepturus.....	303
3.1.3.2.1.2 El superpóstumo o postumísimo.....	305
3.1.3.2.1.3 El preembrión.....	305
3.1.3.2.1.4 El nasciturus.....	306
<u>BLa capacidad de obrar para ser donante y donatario</u>	306
3.1.3.2.1.5 Donación de bienes inmuebles de menores no emancipados.....	307
3.1.3.2.1.6 Donación de bienes inmuebles por menores emancipados.....	308
3.1.3.2.1.7 Donación de bienes inmuebles de personas discapacitada sujetas a curatela.....	309
3.1.3.2.1.8 Donación de bienes inmuebles de la Iglesia Católica.....	310
3.1.3.2.1.9 Donaciones de bienes inmuebles en los que intervienen entes sin personalidad.....	311
A) Donación de bienes inmuebles gananciales por los cónyuges.....	311
B) Donación de bienes inmuebles por una Comunidad de Bienes.....	314
3.1.3.2.1.10 Donación de bienes inmuebles de un concursado.....	314
3.1.3.2.1.11 Donación de bienes inmuebles en los que intervienen mandatarios.....	315
3.1.3.2.1.12 Donación de bienes inmuebles en las que el donante y donatario son la misma persona: la autocontratación inmobiliaria a título gratuito.....	316
3.1.3.2.1.13 Donación de bienes inmuebles de ausentes.....	317
3.1.3.2.1.14 Donación de bienes inmuebles en los que intervienen una persona jurídica.....	318
3.1.3.2.1.15 Donaciones de bienes inmuebles con infracción del requisito de forma del artículo 633 Cc.....	320
3.1.2 Invalidez por defectos del modo en los negocios onerosos intervivos (remisión).....	324
<u>4. La ineficacia funcional del negocio dispositivo intervivos desde un punto de vista dogmático</u>	325
<u>4.1 Relevancia de la distinción entre control estructural y funcional</u>	325
<u>4.2 Ineficacia o eficacia del acto contrario a la norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 CC</u>	326
4.2.1 Análisis del artículo 6.3 CC.....	326
4.2.2 La relación del artículo 6.3 CC con las causas de invalidez del contrato de los artículos 1261, 1.271 y 1.275 y 1301 y ss. del CC.....	332
4.2.3 Crítica del artículo 6.3 CC.....	333
<u>4.3 Un supuesto especial: las VPO vendidas con precio superior al legal</u>	335
4.3.1 Fases en la evolución de la respuesta a las VPO vendidas con precio ilegal.....	335

4.3.2 La valoración de las VPO en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de la herencia.....	341
5. La invalidez del negocio jurídico dispositivo sobre inmuebles en el ámbito consumerista desde una perspectiva dogmática o semántica.....	343
5.1 Elementos personales y reales.....	345
5.1.2 Elementos personales: El consumidor y el empresario inmobiliario ¿a quién se aplica el TR de la LGDCU?.....	345
5.1.2.1 El consumidor inmobiliario.....	346
A) El consumidor inmobiliario persona física -.....	347
B) El consumidor inmobiliario persona jurídica.....	351
5.1.2.2 El empresario inmobiliario.....	352
5.1.3 Elementos personales: ¿Quién puede declarar abusiva una cláusula?.....	353
5.1.4 Elementos reales: las cláusulas abusivas.....	361
5.1.4.1 El concepto de cláusula.....	361
5.1.4.2 El concepto de abusividad.....	362
5.2 Los supuestos típicos de invalidez consumerista.....	362
5.2.1 La ineficacia de la cláusula abusiva.....	362
5.2.1.1 El tipo de invalidez.....	362
5.2.1.2 Las consecuencias de la invalidez de la cláusula abusiva si el contrato puede subsistir sin la misma.....	367
5.2.1.3 La ineficacia de todo el contrato cuando este no puede subsistir sin la cláusula nula. ¿Invalidez o ineficacia stricto sensu en caso de ineficacia total?.....	371
5.2.2 La invalidez por defectos de forma.....	375
5.2.3 La invalidez por defectos de información.....	379
5.2.3.1 Respuestas jurídicas en caso de falta de información que no conllevan la ineficacia del negocio inmobiliario consumerista.....	379
5.2.3.2 Respuestas jurídicas en caso de falta de información que conllevan la ineficacia del negocio inmobiliario consumerista por falta de información.....	383
5.2.3.2.1 La anulabilidad por error o dolo.....	383
5.2.3.2.2 La nulidad (relativa) de pleno derecho en caso de incumplimiento del deber de información.....	386
CONCLUSIONES.....	389
BIBLIOGRAFÍA.....	399

ABREVIATURAS

AAJ	Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
AAVV	Autores varios.
AC	Actualidad Civil.
ADA	Anuario de Derecho Aragonés.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADH	Anuario de Derechos Humanos.
AFD	Anuario de Filosofía del derecho.
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.
AMN	Academia Matritense del Notariado.
ant.	Antiguo.
AP	Audiencia Provincial.
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil.
apdo.	apartado.
arg.	Argumento.
art./arts.	Artículo/Artículos.
ASN	Academia Sevillana del Notariado.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).
BIICNG	Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada.
BMDC	Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
c.	Canon.
CC	Código Civil.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CCom	Código de Comercio.
CDC	Código de Derecho Canónico.
CE	Constitución Española, de 27 diciembre de 1978.
CEC	Código Europeo de Contratos.
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4/11/1950.
CEE	Comunidad Económica Europea.
Cendoj	Centro de Documentación Judicial del C.G.P.J.
CERA	Centro de Estudios Ramón Areces.
cfr.	confróntese.
CGCOM	Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.
CGN	Consejo General del Notariado.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
cit.	citado.
Code	Código Civil Francés, conocido como Código de Napoleón.
Conf. Ep. Esp.	Conferencia Episcopal Española.
Coord./s	Coordinador/es.
CORPME	Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
CP	Código Penal.

Cpc.	Codice di Procedura Civile (Italia).
D.	Digesto.
DA	Disposición Adicional.
DD	Disposición Derogatoria.
DDHH	Derechos Humanos.
DF	Disposición Final.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
Dir./s	Director/es.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DS	Diario de Sesiones.
DT	Disposición Transitoria.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	Edición.
EM	Exposición de Motivos.
Establ. tip.	Establecimiento tipográfico.
FJ	Fundamento Jurídico.
ibíd.	abreviatura de ibídem.
Ibídem	en el mismo lugar.
ie	id est (es decir).
if	in fine.
IIGM	Segunda Guerra Mundial
INAP.	Instituto Nacional de Administración Pública.
Infra	abajo, más adelante.
ITPAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
IVC	Institutos de Vida Consagrada.
JC	Juntas de Compensación.
JPI	Juzgado de Primera Instancia.
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos.
LC 2020	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
LC 2003	Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCATBUT	Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
LCGC	Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LO	Ley Orgánica.
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
LODA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
LOLR	Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.
LPH	Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960.

LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
LPI	Ley de Propiedad Intelectual (aprobada por RDL 1/96, de 12 de abril).
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
LRCCI	Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
LS	Ley del Suelo
LSC	Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio).
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
LVPBM	Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a Plazos de Bienes Muebles.
n.	nota
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
NsRec.	Novísima Recopilación de Leyes de España.
ob. cit.	obra citada.
OCCA	Órgano de Control de Cláusulas Abusivas.
p./pp.	Página/páginas.
p. ej.	por ejemplo.
P	Partidas.
Pte	Ponente.
RAC	Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales.
RACMYP	Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal.
RAP	Revista de Administración Pública.
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.
RANM	Real Academia de Medicina de España
RC	Regla Catoniana.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCGC	Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
RD	Real Decreto.
RDA	Revista Documentación Administrativa.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDC	Revista de Derecho Civil.
RDJ	Revista de Derecho Judicial.
RDL	Real Decreto Legislativo.
RDN	Revista de Derecho Notarial.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPatr.	Revista de Derecho Patrimonial.
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
RDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea
RDUMA	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
RDUCN	Revista de Derecho Universidad Católica del Norte.
RDUCV	Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso
REDC	Revista Española de Derecho Canónico.
REEE	Revista de Estudios Económicos y Empresariales.
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.
REP	Revista de Estudios Políticos.
RER	Registro de Entidades Religiosas.
RF	Reglamento de fundaciones de competencia estatal aprobado por RD 1337/2005, de 11 de noviembre.
RFJ	Revista de Fundamentación jurídica.
RGD	Revista General de Derecho.
RGU	Reglamento de Gestión Urbanística (RD 3288/1978, de 25 de agosto).

RH	Reglamento Hipotecario.
RIDROM	Revista Internacional de Derecho Romano.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.
RM	Registro Mercantil.
RN	Reglamento Notarial.
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia (identificador nacional del
CENDOJ	de las resoluciones judiciales).
RP	Registro de la Propiedad.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil.
RTFD	Revista Telemática de Filosofía del Derecho.
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación.
SA	Sociedad Anónima.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial.
SC	Senadoconsulta.
SCDF	Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe.
Secc.	Sección.
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.
SP	Sepin (Jurisprudencia de la Base de Datos de Sepin).
SRL/SL	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
ss.	siguientes
S. Th.	Suma Teológica (Summa Theologiae).
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Supra	arriba, anteriormente.
T.	Tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
TCD	Teoría Comunicacional del Derecho.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TOL	Tirant On Line (Jurisprudencia de la Base de Datos de Tirant on Line).
TR	Texto Refundido.
TRA	Técnicas de Reproducción Asistida.
trad.	traducción
TR LGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (aprobado por RDL 1/2007, de 16-11).
TS	Tribunal Supremo.
UINL	Unión Internacional del Notariado Latino.
UCM	Universidad Complutense de Madrid.
UE	Unión Europea.
Univ.	Universidad
vid.	véase.
Vol.	Volumen.
VPO	Vivienda de Protección Oficial.
ZPO	Zivilprozessordnung (Código Procesal civil alemán).

1 Introducción

La teoría de la invalidez del negocio jurídico es una de las más oscuras del Derecho Privado quizá solo comparable a la de la causa. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la invalidez arrastra¹. Varias causas han contribuido a la misma. Primera, una cuestión terminológica, porque, como ya señalara DE CASTRO, la doctrina no ha alcanzado un acuerdo sobre la distinción de los tipos de ineficacia y su correspondiente rotulación lo que, en buena parte, se debe a la carencia de una exacta terminología legal y a la polivalencia semántica de las voces empleadas². Segunda, una cuestión histórica y ello porque tanto el derecho romano como la posterior evolución histórica hasta ya avanzado el siglo XIX no emplearon con rigor conceptual las instituciones de la nulidad, anulabilidad o, incluso, la más amplia de la invalidez.

En todo caso, al igual que ya señalara DIEZ PICAZO con relación a la teoría de la causa³, lo que está empeñado en la teoría de la invalidez negocial, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una profunda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la invalidez, el centro de gravedad de su solución normativa. Y ello porque, según la posición que se adopte sobre la invalidez del negocio, ello nos permitirá dar una solución u otra a preguntas sobre si es admisible la convalidación o no del título nulo, sobre si cabe la usucapión en caso de título inválido o, sin pretensiones de exhaustividad, sobre si son admisibles en nuestro derecho las categorías de la anulabilidad absoluta o la nulidad relativa de pleno derecho.

A tratar de analizar los problemas que plantea la invalidez del título con relación a los negocios dispositivos sobre bienes inmuebles se dedica este trabajo que se aborda desde diferentes visuales:

En primer lugar, el problema de la invalidez se aborda desde un punto de vista histórico. Volver la vista, analizar y buscar inspiración en la historia jurídica española no es, parafraseando a DE CASTRO, patriotismo de campanario de aldea⁴. Es la convicción, como ya dejó escrito NUÑEZ LAGOS, de que «*el Derecho civil no crece mecánicamente, de fuera adentro, por yuxtaposición, sino biológicamente, de dentro a fuera, por germinación, única manera de que florezca en formas armoniosas*» así como que «*las construcciones jurídicas extranjeras, aun siendo formalmente idénticas a las nuestras, tienen un significado histórico, y, por lo tanto, semántico, diferente.*

1 Destacan la enorme confusión, terminológica y conceptual, que reina en esta materia, entre otros muchos, ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez del negocio jurídico» en *Separata de la RDP*. Madrid, julio-agosto de 1958, p. 5 n. 4; BLASCO GASCÓ, F.: *Eficacia e ineficacia del acto jurídico contra legem*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 12-13; CASANUEVA SANCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez en los negocios jurídicos: análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Univ. de Extremadura, Cáceres, 2002, pp. 14 y 25; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*. T. I Vol. II. (15ª ed. 2007), pp. 843-844; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil Español*. T. I. (ed. 1959), p. 315; EGUSQUIZA BALSAMEDA, M.^a A.: *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999, p. 15; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. I. (pp. 935-983). Ed. CERA. Madrid, 1990. p. 939 *et passim*; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad de los actos jurídicos» en *NEJ. T. XVII*. Ed. Francisco Seix S.A. 1982, p. 612.

2 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid. 1985, p. 462.

3 DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I (5ª ed. 1996) p. 216.

4 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. Madrid. 1984. T. I p. 7.

Para avanzar nos es indispensable la historia de nuestras instituciones civiles»⁵. A ello, al estudio de los antecedentes históricos de las diversas formas de invalidez, dedicaremos la primera parte de este estudio.

En segundo lugar, el problema de la invalidez se aborda desde un punto de vista conceptual. ¿Es necesario distinguir dentro de la ineficacia la categoría de la invalidez? Muchas teorías se han vertido sobre ello. Y a ellas aludiremos más adelante. Pero ya adelantamos que en este trabajo defenderemos la posición afirmativa no sólo por cuestiones de claridad clasificatoria, sino también porque los problemas que plantea la falta de validez del título son distintos que los que plantea el título válido que después se ve privado de sus efectos y, por último, porque compartimos con DELGADO ECHEVERRÍA la afirmación de que negar la autonomía conceptual de la invalidez disolviéndolo en el más amplio de ineficacia tiene el enorme inconveniente de que deja sin explicar importantes fenómenos de nuestro Derecho privado que presupone la distinción entre invalidez e ineficacia⁶. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Eso sí, una vez admitida la categoría de la invalidez, será preciso realizar una depuración de las subcategorías que deben excluirse e incluirse en la misma. Y así, como veremos, debe excluirse la categoría jurídica de la inexistencia que no es sino «una construcción artificial de la doctrina francesa»⁷ que, con razón, se ha llegado a calificar por LUTZESCO como «rico arsenal de ilusiones», de «imponente cortejo de herejías», de «poderoso espejismo» o de teoría edificada sobre el falso fundamento de la concepción orgánica del acto jurídico⁸. Además, como ha señalado nuestra mejor doctrina, dicha teoría de la inexistencia carece de necesidad, porque actualmente se admite la nulidad virtual, y carece de utilidad, porque no produce unas consecuencias jurídicas mayores que la nulidad radical y absoluta⁹. Asimismo, debe excluirse de la categoría de la invalidez los contratos rescindibles y ello porque a pesar de que, como veremos, la evolución histórica de la anulabilidad y de la rescisión corren parejas existiendo numerosos momentos del devenir histórico en que ambas figuras llegan a confundirse, la rescisión se refiere a contratos válidamente celebrados (art. 1290 CC) mientras que anulabilidad se refiere a contratos inválidos. Y, por último, deben excluirse de la categoría de la invalidez los contratos ilegales del artículo 6.3 CC y ello porque el control que realiza dicho precepto no es un control estructural de validez del negocio jurídico en sí mismo, sino un control funcional de colisión de un negocio válidamente conformado en sus elementos estructurales (consentimiento, objeto y causa) con la legalidad normalmente administrativa. Que el control de ilegalidad del artículo 6.3 CC se ubica no en sede estructural sino funcional se demuestra por el hecho de que, en ocasiones, el contrato ilegal por colisión con el artículo 6.3 CC puede ser no sólo estructuralmente válido sino funcionalmente eficaz¹⁰ y por el hecho de que, mientras la ilicitud de la causa del art. 1275 CC debe concurrir necesariamente en el

5 NUÑEZ LAGOS, R.: *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá. Discurso leído el día 15 de junio de 1950*. Ed Imp. Viuda de Galo Sáez. Madrid. 1950, pp. 12-13.

6 DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Elementos de Derecho civil, II. Derecho de Obligaciones. Vol. Segundo. Teoría General del contrato* dirigido por LACRUZ BERDEJO, J.L. 2ª Ed. Ed. Bosch. Barcelona. 1987. p.4; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Ed. Dykinson Madrid. 2005, pp. 19-20.

7 DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», en *ADC* 1961-4, p. 824.

8 LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica de las nulidades*. Ed. Porrúa. México. 1945, p. 233.

9 DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...» ob. cit. p. 825.

10 Los contratos ilegales por colisión con norma prohibitiva (art. 6.3 CC) pueden ser, en ocasiones, contratos válidos y eficaces (ya que uno de los «efectos distintos» que prevé dicho precepto puede ser, textual o virtualmente, la validez) mientras que los contratos con causa ilícita son siempre nulos de pleno derecho.

momento de perfección del contrato no siendo posible supuestos de ilicitud sobrevenida de la causa, es posible, aunque excepcional, que un contrato válidamente perfeccionado y, por tanto, estructuralmente irreprochable se vea viciado de ilegalidad ex art. 6.3 CC de forma sobrevenida por la promulgación, durante la vigencia del contrato, de una nueva norma¹¹. No obstante, no desconocemos que dicha diferenciación entre contratos con causa ilícita del art. 1275 CC y los contratos ilegales del art. 6.3 CC generará problemas de deslinde entre la ilicitud causal de los primeros (que es un problema que afecta a la estructura del negocio jurídico por defectuosa conformación de un elemento esencial del mismo como es la causa) y la ilegalidad contractual de los segundos, problemas a los que aludiremos en este trabajo.

Una vez realizada dicha depuración por exclusión (excluida, en síntesis, la inexistencia porque es una categoría inútil y los contratos rescindibles del art. 1290 CC e ilegales del art. 6.3 CC porque son contratos válidos, aunque -siempre en el supuesto de los rescindibles y, a veces, en el supuesto de los ilegales del art. 6.3 CC- ineficaces) debemos depurar la categoría de la invalidez por inclusión. Porque la tesis bipartita de las nulidades, que postula que dentro de la invalidez sólo caben dos figuras (la nulidad absoluta y la anulabilidad) y que, calificado un contrato como nulo o anulable de ello se deriva inexorable e indefectiblemente un régimen jurídico detallado en cuanto a legitimación, prescripción, convalidación etc., será objeto de crítica. Crítica no sólo porque, superada la teoría orgánica del acto, numerosos elementos característicos de la nulidad o de la anulabilidad admiten, como veremos, excepciones requeridas por la vida práctica (existiendo nulidades radicales convalidables, prescribibles; o anulabilidades absolutas etc.), sino también porque dentro de la invalidez vamos a distinguir, al menos y sin pretensiones de exhaustividad, cuatro clases: la nulidad absoluta de pleno derecho¹² (es decir, la nulidad clásica); la nulidad absoluta provocada (la anulabilidad absoluta), la nulidad relativa de pleno derecho y la nulidad relativa provocada (es decir, la anulabilidad clásica)¹³. Las dos primeras defienden, en principio, intereses generales; las dos últimas defienden intereses particulares. Y decimos «*en principio*» porque el legislador puede, si quiere, atribuir un régimen de nulidad absoluta a una cuestión donde se ventilan solo intereses particulares (como hace en las donaciones de bienes gananciales sin consentimiento de ambos cónyuges, art. 1378 CC) o establecer un régimen de anulabilidad aun cuando la persona protegida no sea siquiera un contratante (así, supuesto del art. 1322 CC) por lo que el criterio del interés protegido debe servirnos como una importante aproximación pero no como un criterio definitivo. Por eso, como dirá con razón JORDANO FRAGA, «*el área de la nulidad o de la anulabilidad no puede determinarse sino sobre la base del Derecho positivo*»¹⁴.

11VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, pp. 89 y 277-283. Aunque la jurisprudencia se inclina por la irrelevancia de la ilegalidad sobrevenida (STS 10/12/1990, TOL1.730.144; SAP Valencia -Secc. 6ª- de 20/03/2013, TOL4.743.545; SAP Málaga -Secc. 5ª- de 03/09/2004, TOL1.183.920) entiende VAZQUEZ DE CASTRO que si desplazamos el debate desde el punto de vista estructural (desde la ilicitud de la causa) al funcional (a la ilegalidad del contrato) aunque, por regla general, la ilegalidad sobrevenida no altere, por motivos de seguridad jurídica, la eficacia o ineficacia del contrato sí podrá alterarla, por excepción, si la nueva norma contempla expresamente la retroactividad o un régimen transitorio (*ibid.* 281).

12Ya adelantamos aquí que el concepto absoluto/relativo se tomará según que la legitimación se conceda a cualquiera que tenga un interés legítimo y actual o solo a las personas protegidas por la norma.

13Distinción ya realizada, aunque con terminología sensiblemente diferente, por CARIOTA FERRERA, Luigi.: *El negocio jurídico*. Trad. y notas de ALBALADEJO GARCIA, M. Ed Aguilar. Madrid. 1956, pp. 278-279. No obstante, como veremos, este autor no reconoce la existencia de ningún supuesto de nulidad relativa de pleno derecho.

14JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1988, p. 337.

Por otra parte, a lo largo de todo este trabajo se defenderá la unidad sustancial de la teoría de la invalidez en el derecho privado sin perjuicio de las especialidades que puedan existir en materia testamentaria y matrimonial. Ello nos permite mantener la unidad del ordenamiento jurídico y no fraccionar innecesariamente la teoría de la invalidez contractual y de la invalidez testamentaria en compartimentos estancos¹⁵. No tiene sentido tener, dentro del mismo derecho privado, una teoría de la invalidez en materia matrimonial, otra en materia contractual y otra en materia testamentaria cada una con sus propios grados, sus propios principios, su propia dogmática. Es más acorde a la unidad, al menos del derecho privado, reconocer una base común de la teoría general de la invalidez (al menos en lo relativo a las formas generales y a la posibilidad de la invalidez atípica etc.) sin perjuicio de concretas especialidades derivadas de las exigencias del concreto sector. Volveremos sobre este tema más adelante.

Inmediatamente después analizaremos las repercusiones que la invalidez del título pueda tener en los negocios dispositivos sobre bienes inmuebles. Es cierto que, como afirmaba VALLET DE GOYTISOLO, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles ha ido perdiendo fuerza lógica en tiempos modernos al haber surgido muebles con un valor e importancia jamás sospechados. Y es cierto que, como sigue señalando dicho autor, el viejo brocardo «*res mobilis, res vilis*» ha quedado desmentido y que ya no están justificadas las diferentes medidas de protección exigidas en la enajenación de inmuebles con respecto a ciertos bienes muebles¹⁶. Pero entendemos que dichas afirmaciones son más consideraciones *de lege ferenda* que *de lege lata*. Nuestro Código civil contiene, en numerosos preceptos, diferentes normas para disponer de los muebles y de los inmuebles siendo más rígido el régimen para enajenar estos que aquellos (cfr., p.ej., arts. 166, 248, 287,2, 1389.2, todos ellos del CC.). Por tanto, es cierto que dicha distinción y mayor exigencia para los inmuebles es criticable *de lege ferenda*; es cierto que, como señalaba VALLET, el legislador no puede olvidar que actualmente esos dos viejos moldes han sido desbordados por la cambiante realidad y que, aunque merecen todo el respeto a que son acreedores por la utilidad que han prestado al Derecho durante muchos siglos, ya no bastan para satisfacer las necesidades de la vida jurídica contemporánea¹⁷, pero mientras el legislador no derogue las diferentes normas aplicables a uno u otro bien es obligado analizar lo requisitos diversos que rigen, en ocasiones, la transmisión de cada clase de bien.

En definitiva, si algo pretende este trabajo es proponer un método de interpretar la invalidez en los negocios dispositivos inmobiliarios alejado de excesos conceptualistas¹⁸. Como señalaría el segundo Ihering «*se desconoce la esencia del*

15Como bien señalaba DE CASTRO al abordar con carácter general el problema de la determinación de la norma aplicable será preciso para tal fin «*tener en cuenta la unidad del ordenamiento jurídico y que ni los artículos de un texto ni las leyes pueden entenderse ni aplicarse aisladamente, que hay que tener en cuenta todo el Derecho positivo vigente, en relación y dependencia respecto a los principios jurídicos fundamentales*» (en DE CASTRO, F: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 460).

16VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre garantías reales*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1984. 2ª ed., pp. 230-231.

17Ibidem p. 231.

18El problema no es el conceptualismo que es una exigencia de la dogmática jurídica, sino su su exceso. Como señala ROBLES MORCHON no hay ciencia que no lo sea de conceptos porque estos constituyen un instrumental imprescindible de aquella, por lo que la Dogmática jurídica no puede dejar de ser una «*Jurisprudencia de conceptos*», pero no tiene por qué limitarse a ser eso sólo (en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del Derecho...*, Vol. II. ob. cit. p. 235). Y ello porque, desde un punto de vista de la TCD que dicho autor defiende, la dogmática jurídica se caracteriza metódicamente por ser una disciplina no solo conceptualizante sino también interpretativa, sistematizante y aplicativa (ibid. p. 233).

derecho cuando se quiere en nombre de la lógica hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. No es la vida la que debe plegarse a los principios, sino estos modelarse sobre ella. No es la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico quienes reclaman lo que debe ser»¹⁹. Y es que por mucho que en determinadas épocas algunos juristas y filósofos del Derecho hayan soñado con matematizar el Derecho haciendo posible un sistema lógico, axiomático y deductivo lo cierto es que, como nos recuerda ROBLES MORCHON, la realidad ha demostrado en todo momento que eso no es posible²⁰. La construcción del sistema jurídico no puede ser, como en las matemáticas o en la lógica, axiomático sino necesariamente hermenéutico y dicho sistema debe hacer compatible una jurisprudencia de conceptos con una jurisprudencia problemática o tópica²¹. A esto último dedicaremos el próximo apartado.

1.1 Sistema de invalidez o pensamiento problemático sobre invalidez negocial

La discusión entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático (tópico) es una cuestión esencial de la dogmática y con razón se ha dicho que es un debate que nunca pierde actualidad por la posición central que ocupa en la Teoría del Derecho²². Si el derecho en sus etapas más remotas empezó a andar a partir del problema, desde la escolástica, heredera de ideas platónico-aristotélicas, empezó a resaltarse la idea de

19VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*. Abreviatura por F. VELA. Ed. Marcial Pons. Madrid 2005, p. 315. Suelen distinguirse dos fases en el pensamiento jurídico de Ihering. **En la primera fase** sería un representante de la «*jurisprudencia de conceptos*» con su adoración a la lógica formal y a la matemática para la creación de conceptos jurídicos lógicamente ideales, conceptos, creados por científicos teóricos del derecho, que conforman un sistema pleno sin lagunas, ni ambigüedades y donde el Juez, dada la perfección de los conceptos, no es más que un aplicador mecánico de dicho derecho perfecto. **En la segunda fase** de su pensamiento («*jurisprudencia de intereses*») Jhering, desengañado de dichos postulados formalistas, optaría por una visión más realista del fenómeno jurídico cuyo objeto fundamental de estudio serán los intereses reales que la sociedad contemplaba destacando el factor «*interés*» en el derecho subjetivo (los derechos subjetivos, dirá, son «*intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad jurídica del goce*» VON IHERING, R.: *El espíritu...*, ob. cit. p. 322) y el factor «*fin*» en el derecho objetivo (el fin crea el Derecho siendo la finalidad el elemento configurador de los institutos jurídicos porque solo ella nos permite acceder a los intereses en juego). El derecho se origina y elabora, en atención a los intereses y no, como había sostenido la jurisprudencia de conceptos, con la mira puesta en los conceptos. No obstante, como matiza LLOREDO ALIX que no hay en Ihering «*una ruptura meridiana entre ambas fases, ni puede hablarse legítimamente de un “Damasco” –como hizo Franz Wieacker– aludiendo a una supuesta conversión repentina*» (LLOREDO ALIX, L.: «Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive» en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº. 4, 2013, pp. 239-240).

20ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 595 y pp. 608-609. Aunque el conceptualismo decimonónico pretendió identificar el método jurídico con el método matemático y geométrico, lo cierto es que si bien las matemáticas y el derecho, como decía Jerónimo GONZALEZ, son «*formas homogéneas de una lógica superior, concepciones gemelas del espíritu humano*» las bases y principios sobre los que se asientan son antagónicas (GONZALEZ MARTINEZ, J.: «Matemáticas y Derecho» en *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*. T. II. Ed. Aranzadi. Navarra. 2009 p. 539). Y es que, como diría el realismo norteamericano a través del Juez HOLMES es una falacia creer «*que un sistema jurídico puede ser deducido, como en las matemáticas, de algunos axiomas generales del comportamiento*» («*The danger of which I speak is... the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct*» OLIVER WENDELL HOLMES JR.: «The Path of the Law»). La obsesión conceptualista por la lógica y las matemáticas aplicada al mundo jurídico desconoce que en el derecho hay muchos aspectos que influyen accidentalmente en el desenlace del pleito y que escapan a la lógica y a la previsión (MARTINEZ MUÑOZ, J.A.: *El conocimiento jurídico*, ob. cit. p. 106).

21ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho...*, Vol. II ob. cit. pp. 608-609.

22CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico y derecho romano: la idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Ed. Univ. de Cantabria, 1998, p. 11.

sistema²³. La jurisprudencia romana era tópica y, según la doctrina más aceptada²⁴, asistemática porque el jurista romano no pretendía elaborar un sistema axiomático-deductivo sino plantearse un problema concreto para el que se trataba de encontrar argumentos²⁵. El jurista romano va creando el derecho a partir del problema; no es previa la regla, sino el caso y aquella se alcanza reflexionando sobre la justicia del caso de modo que una vez obtenida la regla se aplicará a casos sucesivos semejantes al anterior, aunque, de nuevo, adaptando la solución de éste a las peculiaridades de aquel²⁶. Es, en palabras de Savigny, «*como si un caso cualquiera fuera el punto de arranque de toda la ciencia*»²⁷. Si bien un sector doctrinal considera que dicho pensamiento tópico de la jurisprudencia romana comenzó a transformarse, ya en la última época, en una disciplina sistemática parece más convincente las tesis de CUENA BOY de que el derecho romano no precisó de una sistematización doctrinal ni legislativa y que es dudoso que en ninguna fase de su desarrollo se haya aproximado a la imagen de sistema jurídico de la Teoría del derecho contemporánea²⁸.

En todo caso, la Dogmática jurídica no alcanzará la categoría de «Ciencia del Derecho» hasta que no se impuso el método de conocimiento de la Escolástica que propone conciliar la autoridad, i.e. el dato revelado, y la razón y que mantiene que la obra de Dios es, al mismo tiempo, racional y, en cuanto tal, susceptible de entendimiento, complemento y desarrollo por parte de la razón humana. La Escolástica tratará de aunar Filosofía y Teología porque entiende que no puede haber contradicción entre las cosas creadas por Dios. Y, entre los aportes de la filosofía a un único sistema de conocimiento, destacará su potencialidad sistemática de la que carecía la Teología. Así, concluye ROBLES, «*la idea de sistema, de progenie platónico-aristotélica, se introdujo de esta manera en la Teología cristiana*»²⁹. Dicha idea de sistema que empieza con la escolástica medieval y alcanza un importante desarrollo con el racionalismo cartesiano³⁰ culmina, en la cultura jurídica continental, con el movimiento codificador del XIX que representa la culminación de la idea de sistema derivada, a su vez, de la tradición racionalista europea³¹. De este modo, los grandes Códigos de esa época -señaladamente el Code Napoleónico de 1804- y las Escuelas que los interpretan son expresión de un concepto axiomático deductivo de sistema cuyos rasgos más destacados son la unidad del orden jurídico, su completud, la ausencia de lagunas y la organización racional y jerárquica de las normas³². Puede

23Más ampliamente sobre esta génesis ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. pp. 68-69 y 72-74.

24Entre los romanistas, en todo caso, no existe una opinión pacífica sobre el carácter sistemático o asistemático del derecho romano y así, por ejemplo, SCHULZ llega a afirmar en una misma obra que la actividad de los juristas romanos es «*esencialmente asistemática y casuística*», pero también que el derecho romano está provisto de un «*sistema extraordinariamente elástico y flexible*» (SCHULZ, F.: *Principios del Derecho Romano*, trad. de ABELLAN VELASCO, M. Ed. Civitas. Madrid, 1990 pp. 86 y 38 respectivamente).

25VIEHWEG, Th.: *Tópica*, ob. cit. p. 83; ROBLES, G. *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. p. 68.

26ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. p. 35.

27Citado por VIEHWEG, Th.: *Tópica*, ob. cit. p. 86.

28CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 145. Más ampliamente sobre el significado y alcance de la noción de sistema en el derecho romano pp. 61-146.

29ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. pp. 68-69.

30El modelo deductivo de sistema jurídico (*more geométrico*) fue sostenido por Hobbes (1588-1679), en el mundo anglosajón; y por Pufendorf (1632-1694) y Christian Wolff (1679-1754), en el continente europeo bajo la influencia del racionalismo de Descartes (1596-1650).

31CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 21.

32Así, el positivismo legalista de la Escuela de la Exégesis que acompañó a la publicación del Código civil francés de 1804 resaltarán la idea de que todo el Derecho está en el Código y propondrá una aplicación literal del texto de la ley, para cuyo conocimiento era suficiente la simple exposición, artículo por artículo, de la misma, de modo que las sentencias de los Jueces son mera aplicación mecánica de las leyes a los casos, de acuerdo con la lógica del silogismo. Para dicha Escuela positivista legalista el orden

decirse que en el Siglo XIX la idea de Sistema alcanza su máximo esplendor; así, para Savigny, la sistematicidad será un atributo de la propia realidad jurídica concibiendo el sistema del derecho como el reflejo fiel de una realidad orgánica y ya en sí misma sistemática³³. A través de la Escuela Histórica el sistema llega después a los Pandectistas, escuela formalista que representa la expresión más acabada de la tradición jurídica occidental³⁴ y que se propone construir un sistema de conceptos generales con conexiones lógicas a partir de la abstracción de los textos romanos mediante el empleo de un método lógico-deductivista.

A partir los años 50 del siglo pasado se produce, con precedentes en el antiformalismo alemán del *movimiento del derecho libre* que a su vez se inspiran en el segundo Ihering, un rechazo de la lógica formal como instrumento de análisis de los razonamientos jurídicos. Dicho rechazo tendrá entre sus más acabados exponentes, la tópica de Theodor Viehweg quien publica en 1953 su obra *Topik und Jurisprudenz*, donde ataca frontalmente la idea de sistema (en realidad, la idea de sistema axiomático deductivo que dicho autor identifica con sistema) y se propone rehabilitar el método o pensamiento tópico³⁵.

Conviene, por tanto, analizar brevemente la teoría de la tópica de VIEHWEG, así como examinar si sigue siendo necesaria la idea de Sistema. Y más concretamente si es necesario un sistema de nulidades o basta con un mero catálogo de *topoi*, o tópica de segundo grado en terminología de VIEHWEG, para resolver la multiplicidad de casos que nos ofrece la vida. Ya adelantamos nuestra conclusión de que la ciencia del Derecho o es sistemática o no es tal ciencia, sino -siguiendo terminología de la TCD- simple texto ordinal bruto de imposible comprensión al no incardinarse en un conjunto ordenado. Cuestión distinta es que, junto a este irrenunciable pensamiento sistemático, tengan interés las aportaciones interesantes que realiza la tópica y que permiten huir de una jurisprudencia mecánica. Tópica que contribuye a la comprensión del texto ordinal pero que, por sí, es insuficiente.

Breve exposición de la Tópica de Viehweg

La obra de Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (1953)³⁶ supone, como señala

jurídico positivo es completo y no tiene lagunas; se autointegra. Tampoco la jurisprudencia de conceptos, que influye decisivamente en la promulgación en 1900 del BGB, admitirá, partiendo de la plenitud del derecho, las lagunas o ambigüedades porque, en el derecho, todo está resuelto por los conceptos. Los conceptos forman una pirámide lógica derivándose de los conceptos generales por deducción lógica los conceptos particulares.

33CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico*, ob. cit. p. 23.

34ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. p. 101.

35Recientemente el romanista CUENA BOY se ha mostrado muy crítico con la idea de sistema entendiéndose que el sistema del derecho no existe ontológicamente y no es imprescindible para el derecho sino a lo sumo útil para un mejor conocimiento de este por lo que tiene una función instrumental señalando, además, que, en todo caso, el método sistemático debe trabajar sin descartar *a priori* la hipótesis de materiales asistemáticos (CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 31). Por otro lado, si los caracteres esenciales del sistema jurídico son la unidad, la coherencia y la completud (*ibid.* p. 45 *et passim*) señala este autor que en el derecho no cabe reconocer a la perfección dichos caracteres (*ibid.* p. 57) porque, en cuanto a la unidad, «es imposible lograr la integración sistemática de la totalidad de un ordenamiento jurídico» (*ibid.* p. 46), en cuanto a la coherencia no cabe afirmar la coherencia valorativa del sistema jurídico (*ibid.* p. 53), y, en cuanto a la completud, el propio sistema jurídico reconoce su propia incompletud cuando prevé los medios que han de servir para corregirla (*ibid.* p. 55).

36En esta tesis manejamos la edición de «Tópica y jurisprudencia» de Theodor Viehweg con prólogo de García de Enterría, E. y traducción de Díez Picazo, L. Ed. Thomson Reuters. 2ª ed. Madrid 2007. Puede verse un resumen de dicha obra en GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías de la tópica jurídica*. Ed. Palestra. 1ª ed. Perú, 2018, pp. 79 y ss.; GARCIA DE ENTERRIA E.: «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo» en *RAP*, nº 40, Enero/abril 1963, pp. 213-216.

García de Enterría, «una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos a la teoría de la ciencia jurídica»³⁷. Su propósito principal es destacar que la ciencia del derecho tiene necesariamente que ser «una ciencia de problemas singulares jamás reductible -frente a intentos siempre fallidos- al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas»³⁸. Para alcanzar tal fin se propone rehabilitar el método o pensamiento tópico³⁹ ya conocido por la filosofía antigua, que lo incluía como una parte de la retórica⁴⁰ y ya utilizado por el *ius civile*⁴¹ y el *mos italicus*⁴². Dicho método tópico acabó perdiendo su vigencia, si bien con alguna excepción muy notable⁴³, a partir del S XVI por el avance del cartesianismo y el método crítico o sistemático que favorecía la deducción lógica, el análisis matemático

-
- 37GARCIA DE ENTERRIA E. en prólogo a la Primera edición española de VIEWEG, Th.: *Tópica y jurisprudencia* Trad. DIEZ PICAZO, L. Ed Thomson Reuters. 2ª edición Madrid, 2007. Reimpresión 2016, p. 11. Hasta tal punto ha sido trascendental dicha teoría que, como señala GARCIA DE ENTERRIA en dicho prólogo, desde la publicación de dicha obra la ciencia dominante en Alemania postula una «*jurisprudencia de problemas*» (ibid. p. 13).
- 38GARCIA DE ENTERRIA E. ibid. p. 15. Como señala este autor, no se trata únicamente de poner de relieve, frente a la tradicional preocupación por el sistema, la significación esencial que para el Derecho tiene el problema concreto o, mejor, la serie de problemas, la casuística, cuya resolución es toda la misión del Derecho. Es algo más hondo «*es hacer notar que es el problema y no el sistema el centro mismo del pensamiento jurídico*» (GARCIA DE ENTERRIA, E.: «Reflexiones...» ob. cit. p. 214).
- 39No obstante, VIEHWEG rechaza el calificativo de «método» para la tópica porque: «*sólo puede llamarse método a un procedimiento que funcione por medio de una lógica rigurosa y cree un unívoco nexo de fundamentos, es decir, un sistema deductivo*» de modo que la jurisprudencia tópica «*no es un método, sino un estilo*» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 123-124).
- 40VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. pp. 37-53 donde analiza la tópica en Aristóteles y Cicerón. Más ampliamente sobre la tópica en la antigüedad puede consultarse GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. pp. 47-69 (sobre Aristóteles) y 69-78 (sobre Cicerón).
- 41VIEHWEG, Th.: *Tópica*, ob. cit. pp. 77-99 llegando a señalar que «*para un espíritu sistemático el ius civile constituye[...] una desilusión bastante grande. Apenas es posible encontrar en él series de deducciones de largo alcance*» (ibid. p. 77). En opinión de Viehweg, la jurisprudencia de Roma (ibid. p. 80-82) eran una jurisprudencia tópica porque el jurista romano no pretendía elaborar un sistema conceptual - deductivo sino plantearse un problema concreto para el que intentaba encontrar argumentos (ibid. p. 83). Es, con cita de Savigny, «*como si un caso cualquiera fuera el punto de arranque de toda la ciencia*» (ibid. p. 86) de modo que, dicho método, enseña a los juristas que el derecho no es algo que simplemente deben aceptar sino algo deben ayudar a construir responsablemente hasta el punto de que «*toda su personalidad está comprometido en ello*» (ibid. p. 86). Así, el objetivo principal del *ius civile* era coleccionar tópicos en catálogos que no están dominados por un nexo deductivo (ibid. p. 90) señalando como ejemplo de tópicos, entre otros, «*quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*» (D. 50,17,29); «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*» (D. 50,17,54), etc., (ibid. p. 92) que se legitimaban porque eran aceptados por hombres notables o, en palabras de Aristóteles, eran proposiciones que parecen verdaderas «*a todos, a la mayor parte o a los sabios y, de estos a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y prestigiosos (Top. 1,1,5, 3)*» (ibid. p. 93). Sin embargo, a partir del S XV –continúa Viehweg– Occidente opta por abandonar la tópica y sustituirla con el método axiomático-deductivo (ibid. p. 101).
- 42VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. pp. 101-122. Así, señalará que la jurisprudencia medieval se orientaba, al igual que el *ius civile*, hacia el problema (p. 108) y en ella los tópicos también «*se legitiman —y no en último lugar— por la consideración que merecen, en la cual juega un papel importante su rango (subordinación de autoridades)*» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 122)
- 43Así, a principios del siglo XVIII el jurista Giambattista Vico defenderá el método tópico que opera analíticamente frente al método moderno que opera axiomáticamente por deducciones. Todo el libro de VIEHWEG de hecho se apoya sobre esta idea de Vico (cuya tesis se expone en VIEHWEG, Th.: *Tópica*, ob. cit. pp. 31-36). Más ampliamente sobre dicho precedente GARCIA DE ENTERRIA, E.: «Reflexiones...» ob. cit. pp. 213-214; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «La jurisprudencia...», ob. cit.; D'ACUNTO, G.: «La tópica en Vico como método del razonamiento aporético» en *Cuadernos sobre Vico*, N° 21-22, 2008, pp. 73-90; HURTADO BAUTISTA, M.: «Sobre la tópica jurídica en Giambattista Vico», en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-UCM 1986, pp. 583-604 y PÉREZ LUÑO, A.E.: «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica», en *Cuadernos sobre Vico*, n° 5-6, 1995-1996, pp. 123-138.

y la abstracción a lo largo del S XVI⁴⁴. Método sistemático que, como dijimos, culmina con el movimiento codificador y en la Escuela Histórica del derecho y la Pandectística. La tópica de VIEHWEG se caracteriza por:

1) La tópica es, para Viehweg, una «*técnica de pensamiento*» caracterizada por estar orientada al problema⁴⁵; una «*técnica del pensamiento problemático*» que «*opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder decidir con resolución, sino simples “loci communes” de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia*»⁴⁶. El punto de arranque es un problema concreto, una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar y que configura, en palabras de Viehweg, una «*aporía*»⁴⁷. Y dicho problema concreto «*provoca un juego de suscitaciones, que se denomina tópica o arte de la invención*» pretendiendo, la tópica, «*suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión*»⁴⁸. Así, pues, la tópica es, siguiendo a Cicerón, un «*ars inveniendi*», un procedimiento de búsqueda de premisas –de tópicos– que no termina nunca porque el repertorio de tópicos es, siempre, necesariamente provisional y elástico⁴⁹. Y ello porque, como resume GARCIA AMADO, en la tópica de Viehweg: «*todo el edificio jurídico se explicaría en función de la necesidad de resolver problemas, casos concretos, pero a ello se suma, como circunstancia que confiere al trabajo jurídico su impronta particular y lo hace desembocar en la tópica, el hecho de que nunca encuentra con carácter definitivo, general e indiscutible la respuesta al interrogante que ante cada caso se plantea: qué sea lo justo aquí y ahora. Es lo que Viehweg llama la aporía fundamental de la disciplina jurídica*»⁵⁰.

2) La tópica es, para VIEHWEG, contraria a Sistema o al menos a Sistema tal como lo entiende dicho autor; es decir a sistema axiomático-lógico-deductivo. Así, VIEHWEG contrapondrá pensamiento tópico vs pensamiento sistemático⁵¹ reivindicando para la ciencia jurídica, frente a la pretensión de determinadas Escuelas -señaladamente la Pandectística- que pretendían edificar un sistema cerrado regido por el método deductivo, el pensamiento tópico⁵². El carácter problemático de la Jurisprudencia,

44Viehweg alude en su obra a Leibniz (1646-1716) matemático, teólogo, filósofo, y jurista alemán considerado como «*el último genio universal*» quién mediante su *ars combinatoria*, intenta «*matematizar la tópica*» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 125). El *ars combinatoria* muestra el esfuerzo de LEIBNIZ «*para concordar el tradicional estilo de pensamiento de la Edad Media con el matemático siglo XVII*» (*ibid.* p. 124) y para ello pondrá bajo control aritmético el *ars inveniendi* de la tópica (*ibid.* p. 125). No obstante, LEIBNIZ «*naufragó ante la multivocidad del lenguaje espontáneo, que hubo de conducir después a la creación de un lenguaje de precisión y, más tarde, al poner el acento en la axiomática, a la logística*» (*ibid.* p. 127). La ejecución efectiva de la sistematización del derecho no llegaría hasta la implantación del método axiomático que prescindirá definitivamente de la tópica -aunque sin lograrlo por completo- y «*consiste en ordenar, de acuerdo con su dependencia lógica, los conceptos y las afirmaciones de un territorio cualquiera (no lógico)*» (*ibid.* p. 131; sobre explicación de dicho método axiomático cfr. pp. 131-146).

45VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 55.

46GARCIA DE ENTERRIA, E.: Prólogo, ob. cit. p. 15.

47Viehweg define «*problema*» como «*toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual torna el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución*» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 57). Por su parte, aporía sería «*una cuestión que es acuciante e ineludible, la falta de un camino, la situación de un problema que no es posible apartar*» (*ibid.* p. 56).

48Ibidem p. 56.

49VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. pp. 152, 157, 158 *et passim*.

50GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 369.

51VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 57 y ss. *et passim*.

52Puede verse un ejemplo de pensamiento problemático vs sistema jurídico conceptual en VIEHWEG,

donde el problema asume un papel directivo, impide que sea posible un sistema axiomático-lógico-deductivo en el derecho a lo que, asimismo, se opondría el hecho de que no cabe deducir de normas jurídicas generales las soluciones pertinentes a las diversas situaciones jurídicas que se planteen⁵³, y el hecho de que dicho sistema obligaría a establecer unos axiomas y conceptos fundamentales unitarios. En resumen, Viehweg identifica la idea de sistema con la de un sistema axiomático-lógico-deductivo en el que todas las reglas jurídicas debían derivarse de manera necesaria de los axiomas iniciales y, por tanto, su rechazo al pensamiento sistemático⁵⁴ se basa en dicha identificación entre concepto de sistema y sistema axiomático lógico-deductivo.

3) La tópica de VIEHWEG es antilogicista, o, por mejor decir, prelogicista. VIEHWEG distingue en el razonamiento jurídico un momento «*prelógico*», de búsqueda y elección de premisas -de tópicos- y otro «*lógico*» de conclusión a partir de dichas premisas dando mayor valor al primero de dichos momentos frente al segundo ya que, al no existir un sistema lógico-deductivo, es preciso buscar los tópicos que, una vez hallados, determinan por completo la conclusión, el momento lógico. Por tanto, no se quiere decir, puntualiza Viehweg, que la lógica y la deducción queden excluidas del razonamiento jurídico⁵⁵, porque demostrar o fundamentar una premisa «*es una operación puramente lógica que reclama un sistema deductivo*»⁵⁶ pero dicho papel es secundario respecto a la búsqueda de la premisa.

La tópica es un *ars inveniendi* que, reiteramos, pretende «*suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión*»⁵⁷. Y realiza dicha operación centrándose en el problema concreto a resolver mediante la búsqueda de premisas -que gocen de cierto grado de aceptación-, y la selección de los mejores lugares comunes a partir de los cuales construir argumentos. Dichos tópicos no proceden de ninguna elucubración metafísica ni científica ni se deducen de ciertos axiomas, sino que son aplicación del sentido común al problema planteado⁵⁸. Así, por tanto, la tópica será para VIEHWEG «*aquella disciplina que proporciona los tópicos o argumentos de que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden echar mano para justificar la decisión tomada o propuesta*»⁵⁹ de modo tal, que la tópica es «*une sorte de repertoire facilitant l'invention*»⁶⁰. Los tópicos, cuya función «*consiste en servir a una discusión de problemas*»⁶¹, corresponden a puntos de vista que operan «*como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas*»⁶² y que, por lo menos en los catálogos de tópicos que

Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 80.

53Como señala ROBLES para Viehweg la Jurisprudencia, a diferencia de la matemática, no procede de arriba abajo, sino que parte de lo concreto para llegar a lo general. Pero no por eso es inductivista, pues parte de datos e ideas que no son observables. Su modo de proceder es distinto al de las Ciencias porque su proceder es tópico y aporético: es decir, «problemático» (ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 595).

54Así, VIEHWEG considera la jurisprudencia «*insistematizable*» (en *Tópica...*, ob. cit. p. p. 152).

55VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 162: «*la deducción, que, como es natural, es imprescindible en todo pensamiento, aquí no juega de ningún modo un papel directivo(...). Decisiva es más bien la especial elección de premisas*».

56VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 73.

57VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 56.

58ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho, Vol. II* ob. cit. p. 594.

59GARCÍA AMADO, J.A.: «Retórica, Argumentación y Derecho», *Isegoría*, 1999 N.º 21.

60VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 64 No obstante, añade este autor cuando los tópicos aparecen en catálogos no constituyen deducciones, sino que reciben su sentido desde el problema (Ibidem p. 64).

61VIEHWEG, Th.: *Tópica*, ob. cit. p. 65

62ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. Pa-lestra. 4ª ed. Lima, 2016, pp. 73-74; VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 70.

corresponden a la tónica de segundo grado⁶³, deben contar con cierto grado de consenso que los valide, pues «*los tópicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona*»⁶⁴. Es decir, deben gozar de cierto grado de verosimilitud, otorgada por su aceptación por todos, por la mayoría o por los más eminentes⁶⁵. Esos tópicos pueden ser muy variados: brocados, principios del derecho o de mero sentido común, «*loci communes*» de la vida ordinaria, las mismas normas jurídicas positivas, etc.⁶⁶.

Crítica de la Tónica de Viehweg

Sin perjuicio de las innegables virtudes del pensamiento tónico⁶⁷ dicha «*técnica del pensamiento problemático*» ha recibido una fuerte crítica por sus imprecisiones conceptuales (tanto en lo relativo al concepto de “tónica” como a las nociones de “tópicos” y de “problema”⁶⁸), por su ingenuidad⁶⁹, superficialidad⁷⁰ y falta de legitimación de los tópicos⁷¹. Pero también es criticable por su incompatibilidad con el

63Sobre la distinción entre tónica de primer y segundo grado VIEHWEG, Th.: *Tónica...*, ob. cit. p. 60-61. Como añade VIEHWEG debe huirse de sistematizar deductivamente dichos catálogos (VIEHWEG, Th.: *Tónica...*, ob. cit. pp. 66-67 y p. 87).

64ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 74

65VIEHWEG, Th.: *Tónica...*, ob. cit. p. 42 y 72. Vide MARTÍNEZ BENAVIDES, P.: «Sobre la influencia de Tónica y Jurisprudencia de Viehweg en el método de interpretación constitucional de Hesse» en *Derecho y Justicia* N° 4, 2014 (pp. 117-138) p. 124.

66Así, GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 372; también del mismo autor «*Tónica, retórica...*» ob. cit. pp. 169 - 195. Como ejemplos de tópicos jurídicos Viehweg se remite, en derecho romano, a los contenidos en D. 50, 17 (*de diversis regulis iuris antiqui*) (VIEHWEG, Th.: *Tónica...*, ob. cit. p. 91-92) y en derecho moderno cita únicamente la buena fe (VIEHWEG, Th.: *Tónica...*, ob. cit. p. 80), el interés (ibid. p. 150), los conceptos jurídicos en general y la protección de la confianza (GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 130). Una amplia enumeración de tópicos puede verse sistematizados por PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica ...*, ob. cit. pp. 120-128 y por GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p.138.

67El pensamiento tónico, al enfrentarse al caso concreto, agudiza el sentido de lo justo, incentiva la equidad (i.e. la justicia del caso concreto) y nos advierte sobre los peligros de un fácil deductivismo mecanicista (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. pp. 34 y 35).

68Más ampliamente sobre la crítica a las imprecisiones terminológicas de la tesis de VIEHWEG vide RODRÍGUEZ PUERTO, M.J. «Tónica y humanismo jurídico» en *AFD* n°. XVIII, enero 2001, p. 364 quien critica las diversas acepciones existentes sobre el término «Tónica» que puede entenderse como racionalización de la búsqueda de las premisas necesarias para la argumentación; como forma de reconocimiento de validez, basada en el consenso y la discusión y como forma de razonamiento opuesta al sistema y determinada por la conformación del problema en cuestión. También critica la equívocidad y polisemia del término «tópicos» y «*topos*» GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p.133 y 139 y ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 79. Y en cuanto al término «problema» señalará GARCIA AMADO que «*la mera concesión de importancia prioritaria al pensamiento de problemas no basta de por sí para caracterizar de forma unívoca ni excesivamente original la dirección metodológica o una teoría del derecho*» (GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 118).

69ATIENZA califica el método tónico de «*indudablemente ingenuo*», porque señalar, como hace VIEHWEG, que la jurisprudencia tiene que buscar soluciones justas a partir de conceptos y proposiciones extraídos de la propia justicia es una «*trivialidad*» ya que no proporciona ningún tipo de método (o elemento de control) que permita discutir racionalmente sobre las cuestiones de justicia (en ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 81). En el mismo sentido, DORANTES DÍAZ, F.J., «La tónica», *Alegatos*, N° 32, 1996, p. 1.

70Así, destaca ATIENZA, la tónica no consigue explicar satisfactoriamente la argumentación jurídica ni permite ver el relevante papel que en el razonamiento jurídico cumple, sobre todo, la ley pero también, la dogmática y el precedente; «*se queda en la estructura superficial de los argumentos estándar, pero no analiza su estructura profunda, sino que permanece en un nivel de gran generalidad, alejado del nivel de la aplicación como tal del Derecho*» (ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 82; en el mismo sentido SANZ BAYON, P.: «Sobre la tónica jurídica en Viehweg» *RTFD*, n° 16, 2013, pp. 97-98).

71Señala VIEHWEG, a raíz de su exposición sobre el *ius civile*, que los tópicos se legitimaban porque

principio de legalidad⁷², así como por ser una teoría exclusivamente judicial y iusprivatista difícilmente aplicable a otros sectores del ordenamiento como el Derecho Penal⁷³. Pero las críticas más relevantes a la tónica son dos: **la primera**, que las teorías de la tónica no fijan claramente jerarquías entre los *topoi* (ni criterios para fijarlas) de modo que la dificultad irresoluble de toda teoría de los tópicos radica siempre en la selección de los más adecuados para cada caso y la determinación, entre ellos, de su jerarquía porque naturalmente cada parte en un litigio traerá a colación los que más le beneficien⁷⁴. **Y la segunda**, que la obra de VIEWEG realiza una criticable identificación entre sistema y sistema axiomático lógico-deductivo⁷⁵ cuando ya prácticamente nadie defiende en la dogmática jurídica una noción tan estricta de Sistema⁷⁶. Como señala ROBLES la postura de Viehweg está desenfocada porque, al referirse al sistema, está pensando en el sistema axiomático o deductivo propio de las Ciencias Matemáticas cuando es obvio que, aunque en determinadas épocas algunos soñaran con matematizar el Derecho haciendo posible un sistema axiomático-deductivo, la realidad ha probado siempre que eso no es posible⁷⁷. En definitiva, como

eran aceptados por hombres notables o, en palabras de Aristóteles, son proposiciones que parecen verdaderas «a todos, a la mayor parte o a los sabios y, de estos a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y prestigiosos (Top. 1,1, 5, 3)» (ibíd. p. 93) y cuando habla del *mos italicus*, indica que los tópicos se legitiman «por la consideración que merecen, en la cual juega un papel importante su rango (subordinación de autoridades)» (ibíd. p. 122). Pero VIEHWEG no nos indica cómo se ha establecido históricamente esta legitimación; qué autoridad determina su reconocimiento y cómo debe procederse en caso de contradicción de tópicos porque no señala un orden de prelación de autoridades en la tónica. En el derecho romano sí se resolvía esta cuestión. Así, la ley de citas del año 426 establecía que los juristas podían citar ante los Tribunales las obras de Gayo, Modestino, Papiniano, Paulo y Ulpiano como referencia de autoridad. Ellos eran el «jurado de difuntos», y su opinión era incuestionable. Si las opiniones de dichos juristas eran coincidentes obligaban al juez; si no coincidían el juez adoptaba la opinión mayoritaria y, en caso de empate, se inclinaba por la opinión de Papiniano. Y si Papiniano no emitió opinión sobre la cuestión litigiosa, el Juez resolvía según su criterio.

72 Así se ha rechazado la tónica jurídica porque, se dice, no reconoce el carácter imperativo de la ley en el proceso de obtención de decisiones jurídicas. De hecho, muchos defensores de la tónica degradan la ley a ser un tópico más sin especial jerarquía (GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p.251). Sobre el estado de la cuestión de esta transcendental polémica y los matices que cabe hacer a dicha crítica cfr. GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. pp. 263-272 y 373-374.

73 SANZ BAYON, P.: «Sobre la tónica...» ob. cit. p. 99. P.ej., el principio de legalidad penal (*lex scripta, praevia y certa*) hace difícilmente conciliable un pensamiento tónico en el Derecho Penal (véase más ampliamente GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. pp. 284-285).

74 GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. pp.74, 372-373 *et passim*.

75 Así, VIEHWEG llegará a decir que: «los críticos contemporáneos... saben que un sistema lógico tiene que consistir en una completa deducción» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. p. 106). Como señala GARCIA AMADO: «cuando VIEHWEG habla de la imposibilidad de una perfecta conformación sistemática del derecho, o cuando contrapone a la preponderancia del sistema la prioridad del problema, está pensando siempre en un sistema lógico-deductivo o axiomático, considerado como prototipo de sistema perfecto» (GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 147) de modo que «al hablar (VIEHWEG) de sistema axiomático y de mera deducción a partir de axiomas, se está rechazando un modelo cuya virtualidad real para la práctica jurídica nunca se ha afirmado en esos términos que se objetan» (ibíd. p. 372).

76 RODRIGUEZ PUERTO, M.: *Tópica y humanismo jurídico*, ob. cit. p. 367; ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 79; GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 372). No obstante, CUENA BOY defenderá la postura de VIEHWEG que equipara sistema y sistema axiomático o lógico-deductivo y señala que no es cierto que esté definitivamente superada la idea del sistema jurídico como un sistema axiomático o lógico-deductivo porque el contenido mínimo que se exige actualmente a la idea de sistema jurídico delata la influencia del sistema axiomático (CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...* ob. cit. p. 17). De hecho, no falta algún autor aislado que no descarta dicho sistema axiomático para el Derecho y así p. ej. señalará VILLAR PALASÍ que: «Con su estado actual, todos los ensayos de construir una ciencia del Derecho axiomática deductiva pueden considerarse todavía como vano intento. Sin embargo, es prematuro decir que este camino ha de fracasar necesariamente, porque le falta la unidad interna de sentido del Derecho» (en VILLAR PALASÍ, J.L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico» en *RAP* 1983. nº 100-102, p. 558).

77 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 595.

sigue señalando este autor, VIEHWEG acierta cuando afirma que el Derecho no puede construirse como un sistema axiomático, pero se equivoca cuando reduce el concepto de sistema al sistema axiomático y cuando hace incompatible el problema y el sistema⁷⁸ porque los problemas son siempre punto de partida del conocimiento y el sistema tiene entre sus fines procurar criterios de resolución de problemas⁷⁹ Y, por último, señala con razón ROBLES con cita de Kriele, que los «*catálogos de topoi*» ya constituyen un sistema en sí, o al menos una «*sistematización*» de la materia jurídica⁸⁰ existiendo autores que recientemente destacan que la tópica no es sino un sistema, abierto pero sistema⁸¹. En resumen, como ha venido afirmando nuestro Tribunal Constitucional de manera reiterada: «*es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro*»⁸².

Como conclusión podríamos señalar que el sistema, a condición de que no sea axiomático-deductivo, es compatible con el pensamiento tópico⁸³ y que la Dogmática no puede agotarse en este último pensamiento problemático pues su misión irrenunciable es la elaboración de un sistema⁸⁴. La tópica, sin duda, es necesaria pero no es suficiente y, en las sociedades que han alcanzado un avanzado grado de civilización y cultura jurídica, acaba conduciendo al sistema porque «*la propia*

78ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho...*, Vol. III ob. cit. p. 565.

79ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 609. El sistema axiomático o lógico deductivo es, en palabras de RECASÉN SICHES, el sistema «*en el sentido radical, puro y máximo*» de la palabra (RECASÉN SICHES, L.: *Experiencia jurídica*, ob. cit. p. 515), sistema que es imposible en el derecho (RECASÉN SICHES, L.: *Experiencia jurídica*, ob. cit. pp. 103, 353 y ss., 424 y ss., 513 y ss., 520, 540 y ss. *et passim*). Y es imposible porque a dicho sistema axiomático lógico deductivo (que destaca las conexiones lógicas entre sus miembros y concibe el orden jurídico como una totalidad única dotada de un orden lógico y libre de lagunas) se le reprocha su irremediable carácter abstracto que pone en duda su utilidad para las necesidades de la jurisprudencia como actividad empírica; la irreductibilidad en sentido lógico de la materia jurídica a ordenarse en el sistema; la imposibilidad de eliminar por completo las lagunas y contradicciones y la inevitable arbitrariedad (desde un punto de vista lógico) en la elección de los axiomas que han de servir de base al sistema (CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 32-33). Por todo ello, es inviable un sistema semejante que «*no ha existido nunca en el pasado ni es dable esperar su realización en el futuro*» (CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 33).

80ROBLES MORCHON, G.: *La decisión en el derecho y la tópica jurídica* p. 130 n. 43. En contra, señala GARCÍA AMADO, que en la concepción de VIEHWEG los catálogos de tópicos no merecen la consideración de sistema porque no se establecen conforme a ningún tipo de criterio de ordenación interna, sino que son meros repertorios de puntos de vista (GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p. 150). De este modo, VIEHWEG destaca como propiedad del D. 50, 17 (*de diversis regulis iuris antiqui*) el hecho de tratarse de un denso repertorio de relevantes puntos de vista ampliamente aceptados en forma de citas de juristas, pero «*sin ningún propósito sistemático y en un descuidado orden*» (VIEHWEG, Th.: *Tópica...*, ob. cit. pp. 92-93).

81CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 41 con cita de numerosa doctrina en n. 116. Como señala este autor esta concepción supone la recuperación de la tópica «*bajo la vestidura del sistema*» cuando Viehweg consideraba ambos métodos (tópica y sistema) incompatibles (*ibid.* pp. 41-42).

82 Así, entre otras, STC 130/2021, de 21 de junio (Sala 1ª); STC 17/2021, de 15 de febrero (Sala 1ª); STS 132/2007, de 4 de junio, (Sala 2ª); STC 334/2006, de 20 de noviembre (Sala 2ª); STC 247/2006, de 24 de julio (Sala 1ª); STC 228/2005, de 12 de septiembre (Sala 2ª); STC 29/2005, de 14 de febrero (Sala 2ª); STC 224/2003, de 15 de diciembre (Sala 1ª); STC 164/2002, de 17 de septiembre (Sala 2ª).

83 Mas ampliamente sobre la compatibilidad entre sistema y problema con cita de numerosa doctrina véase GARCÍA AMADO, J.A.: *Teorías...*, ob. cit. p.164-171. Como señala dicho autor existen tres grupos doctrinales que analizan dicha interrelación: los que no establecen una preeminencia clara entre tópica y sistema (*ibid.* p. 165-167); los que dan primacía a la tópica sobre el sistema (*ibid.* p. 167-169) y los que dan primacía al sistema sobre la tópica (*ibid.* p. 169-171). En este último grupo cabría englobar a ROBLES MORCHON que defiende dicha compatibilidad entre tópica y sistema si bien primando este sobre aquella (vide ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. pp. 559, 594- 597 *et passim* llegando a afirmar que: «*Tópica y sistema constituyen, para mí, dos aspectos de la actividad jurídica, que no son contradictorios sino complementarios*» (*ibid.* p. 34))

84ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 51. En contra de que el Sistema sea una exigencia del Derecho puede verse CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...* ob. cit. pp. 25 y ss.

*naturaleza del pensamiento humano exige dar forma unitaria a la dispersión que proporciona el conocimiento sobre problemas»*⁸⁵. La Tópica, cuya función más relevante tiene lugar en los procesos de decisión jurídica⁸⁶, constituye un método más para la mejor y más cuidada comprensión de los textos que componen un ordenamiento jurídico pero representa una manera dispersa de razonar, valiosa e imprescindible, pero insuficiente⁸⁷ porque no nos permite observar el destacado papel que tiene, ante todo, la ley pero también la dogmática y el precedente, en el razonamiento jurídico⁸⁸.

En todo caso, sí merece resaltarse un papel relevante de la tónica que no debemos olvidar y que tiene lugar en la importante interrelación entre sistema y problema que se da en los procesos de decisión jurídica⁸⁹. Dichos procesos deben combinar dos aspectos esenciales: la racionalidad sistemática y el recurso a la evidencia del problema con ayuda de argumentos tónicos y ello porque el convencimiento del Juez se forma a partir de dos elementos interrelacionados: atención al problema material y al sistema. Los jueces, en los procesos de decisión jurídica, operan tónicamente, pero, como señala ROBLES, para ello se sirven sobre todo del sistema doctrinal construido por la dogmática jurídica⁹⁰. Se produce así un círculo hermenéutico virtuoso y una indudable sinergia entre ordenamiento y sistema por cuanto las resoluciones de nuestros más altos Tribunales se dictan sirviéndose, para alcanzar las mismas, del sistema, pero también dichas resoluciones son decisivas para determinar cuál sea el verdadero sistema normativo existente⁹¹ y para la construcción de dicho sistema⁹². Así, las resoluciones de los tribunales una vez dictadas, pasan a ser parte, según la TCD, del ordenamiento que no es sino una totalidad textual entre cuyos textos parciales se encuentran (junto a la constitución, leyes, reglamentos, etc.) las sentencias judiciales⁹³. Por ello, cuando la Dogmática vuelva a elaborar el sistema (el sistema, por definición, es variable) al contemplar la materia ordinamental observará, dentro de ella, la sentencia nueva que habrá que incorporar al sistema. Y así sucesivamente....

Por ello, reiteramos, es esencial la importancia que tiene la jurisprudencia de los tribunales para comprender las peculiaridades de un ordenamiento jurídico y para

85ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 68.

86Ibidem p. 76.

87Ibidem p. 68.

88ATIENZA, M.: *Las razones...*, ob. cit. p. 82; SANZ BAYON, P.: «Sobre la tónica...», pp. 97-98.

89Mas ampliamente sobre la interrelación entre sistema y problema vide GARCIA AMADO, J.A.: *Teorías*, ob. cit. p. 166; CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico...*, ob. cit. p. 42-43 que resume la cuestión de la interdependencia del sistema y el problema diciendo que «*el sistema se encuentra inevitablemente en quiebra permanente (y en permanente reconstrucción) como continua irrupción de problemas nuevos*».

90ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 34.

91Ibidem p. 334 *et passim*: «*Para la determinación del sistema jurídico (SIS) no existe un criterio unívoco absoluto, pero puede servir de guía la opinión doctrinal dominante –mucho más, la unánime– y, sobre todo, la doctrina jurisprudencial emanada de los tribunales superiores y consolidada por su constancia*». Insiste en esta idea al señalar que una teoría dogmática es sistémica cuando se aplica mayoritariamente por los tribunales en *ibíd.* p. 450.

92Destaca dicha simbiosis ROBLES MORCHON al enfatizar la importancia que tiene la jurisprudencia para comprender las peculiaridades de un ordenamiento y para la construcción del sistema porque el sistema doctrinal que refleja un ordenamiento tiene a la jurisprudencia como el instrumento más adecuado para su determinación concreta. Así, la construcción del sistema se hace por la vía del recurso a la opinión unánime o dominante de los juristas y a la opinión que ha triunfado en la jurisprudencia. La doctrina y jurisprudencia «*ofrecen un acervo de principios, normas y conceptos que se han ido decantando a lo largo del tiempo y que dotan a los textos ordinamentales de un sentido bastante constante para la aplicación a los futuros casos*». Por ello, el análisis de las sentencias es, junto al de los tratados doctrinales, esencial (en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 358).

93Ibidem p. 475 *et passim*. Sobre dichos textos judiciales cfr. ob. cit. pp. 350-356. Dichas sentencias judiciales tienen para dicha teoría naturaleza de norma jurídica individual o concreta (*Ibidem* p. 351).

comprender el círculo virtuoso descrito (la sentencias se dictan sirviéndose principalmente del Sistema y atendiendo al problema concreto pero, una vez dictadas, pasan a formar parte del texto ordinamental bruto que debe hallar reflejo en cada nueva formulación del sistema) por lo que su estudio debe ir en armoniosa simbiosis con el estudio de los tratados doctrinales⁹⁴. Por este motivo, en esta tesis prestaremos especial atención a dicha jurisprudencia de los tribunales. No solo porque ellas nos permiten poner de manifiesto y conocer el verdadero Sistema vigente en un ámbito (en este caso en el Derecho español), sino también porque ellas contribuyen decisivamente a construirlo. Las sentencias de nuestros más altos tribunales constituyen, de acuerdo con la terminología de la TCD, materia textual ordinamental que sirve de ayuda a la dogmática para la construcción del Sistema. Y es que, para la TCD, en opinión que comparto, el conjunto de argumentos de una sentencia forman una «*masa de normas jurídicas*» conformadas a partir del texto ordinamental y un acervo de opiniones doctrinales interpretativas de dicho texto. Ambos podrán invocarse para la solución de otros casos futuros que se presenten y servirán de soporte textual para la construcción doctrinal en dogmática jurídica⁹⁵.

En resumen, es necesario mirar al problema, pero en un sentido distinto de la tónica de Viehweg y resaltar que el pensamiento que atiende al problema es absolutamente compatible con el que mira al sistema siempre que este no sea axiomático. También en materia de invalidez contractual. Y entender que la mejor manera de contemplar los grises de la vida no es principalmente en ingenuos catálogos de tópicos, que pueden servir a lo sumo como punto de partida, pero no como razonamiento jurídico completo, sino sobre todo en los textos ordinamentales judiciales que es necesario reflejar también (junto obviamente a los legales) en el Sistema. La casuística que ofrece nuestra jurisprudencia, que es necesario sistematizar, es, pues, la mejor manera de construir un sistema que tenga en cuenta los grises que la vida ha decantado y los tribunales han reflejado en sus sentencias; en sus hechos probados en sus *rationes decidendi*. Además, dicho reflejo permite poner en primer orden la idea de la TCD de la relatividad del sistema porque al analizar solo los textos ordinamentales judiciales españoles queremos resaltar que el sistema hermenéutico de nulidades español no tiene por qué ser idéntico al de otros países ya que diferente es el texto ordinamental judicial y ello, sin perjuicio, de que compartamos diversos conceptos fruto, no solo de nuestra pertenencia común a un ámbito jurídico comunitario, sino también de una tradición jurídica que se ha entrelazado a lo largo de la historia y que, en todo caso, es heredera común del mismo patrimonio irrenunciable común del derecho romano. El problema ha sido no sólo aceptar un sistema axiomático deductivo sino olvidar la relatividad del sistema que debe ser un sistema de invalidez español porque el ámbito en el que se incardina y el ordenamiento que refleja es principalmente (y sin olvidar excepciones derivadas de nuestra pertenencia a la Unión Europea) español.

1.2 El sistema expositivo didáctico de nulidades mayoritario como expresión de un paradigmático sistema axiomático lógico deductivo.

El concepto de negocio jurídico proviene de la construcción científica de la Jurisprudencia de conceptos. Y, dentro de dicha teoría general del negocio jurídico, la teoría bipartita clásica de las nulidades, (que heredamos en el S XIX esencialmente del Derecho francés e italiano⁹⁶ y alcanzó su máxima consagración de la mano de la

94ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 358.

95Ibidem p. 365. Recordemos que, para la TCD, Ordenamiento y sistema son dos realidades textuales diferentes. El ordenamiento está compuesto por preceptos, pero sólo en el sistema aparecen las normas jurídicas como resultado de la construcción hermenéutica.

96La defectuosa recepción en España de la teoría bipartita, sin las necesarias defensas y críticas contra los

Pandectística alemana que deslindaría los caracteres de las dos formas de invalidez) sostiene, como resume PASQUAU LIAÑO, que existirían dos, y sólo dos, tipos de invalidez; sólo dos categorías típicas de nulidad (la nulidad y la anulabilidad) perfectamente diferenciadas en sus caracteres racionales y de los que por una deducción lógica, y una vez determinada la categoría de nulidad, se determinarían en cascada y de manera inexorable, inflexible, insensible y automáticamente los elementos de su régimen jurídico⁹⁷. Es decir, que de acuerdo con dicha tesis dual de la nulidad si calificamos un contrato como nulo necesariamente habrá que predicarse de él el carácter automático e *ipso iure* de la nulidad, el carácter absoluto de la legitimación, el carácter declarativo de la sentencia, la imprescriptibilidad de la acción, la insubsanabilidad del vicio, la apreciabilidad de oficio de la nulidad etc... mientras que si lo calificamos como anulable inexorablemente su régimen jurídico será el de ser confirmable, prescriptible y relativo. En la mentalidad bipartita no caben nulidades relativas de pleno derecho ni prescribibles; no caben anulabilidades absolutas. No caben matices, no caben grises: o blanco o negro. O nulo o anulable. *Tertium non datur*.

Dicho sistema o concepción bipartita o dual de las nulidades no es pues sino expresión de un sistema axiomático deductivo que tanto hemos criticado⁹⁸ donde el axioma viene dado por la existencia de solo dos regímenes de nulidad (la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad) de modo que calificado un contrato como nulo o anulable de dicha calificación cabe deducir de manera inexorable un régimen jurídico completo relativo a la legitimación, apreciabilidad de oficio, imprescriptibilidad etc. Como veremos dicha concepción dualista de la invalidez ya ha empezado a criticarse por un sector, aun minoritario, de nuestra doctrina y supone, dicha crítica, un intento de poner fin a un sistema de nulidades en su peor versión (por su carácter axiomático deductivo) para dar paso a otro sistema que atienda a las necesidades de la vida, a los intereses prácticos en juego que trata de ordenar el Derecho. Es, por tanto, imprescindible un sistema de nulidades que refleje la mejor versión del texto ordinamental pero, desterrada la inútil pretensión de matematizar el derecho o de convertir a este en una geometría de planos exactos y axiomas indubitados, dicho sistema no puede tener naturaleza axiomática-deductivo sino necesariamente hermenéutica y debe pretender sistematizar no solo el texto ordinamental legal sino también el texto ordinamental judicial (la jurisprudencia de los tribunales) porque es en dicha jurisprudencia donde podremos contemplar los matices del caso concreto de la vida con todos sus colores y, entonces, veremos que la realidad jurídica de la invalidez es más amplia que las dos categorías que recoge la teoría dual de las nulidades y que el texto ordinamental judicial ha recogido toda una rica gama de grises (la nulidad relativa de pleno derecho, la anulabilidad absoluta, la nulidad prescribible etc.). Es preciso, en fin, incorporar al sistema de nulidades el texto ordinamental judicial y las nuevas incorporaciones que ha habido de nulidades atípicas en el texto ordinamental legal⁹⁹.

excesos del binarismo rígido y tajante que ya se empezaban a formular en Francia, provocó dice PASQUAU LIAÑO que: «cualquier gama intermedia (entre la nulidad y la anulabilidad) quedó inevitablemente barrida.» (PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 60).

97PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 43, 78, 84, 128 *et passim*; también, del mismo autor: «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en *Comentarios...*, ob. cit., pp. 279-280.

98Como nos recuerda ROBLES el deductivismo axiomático supone partir de la ley y aplicarla al caso como una simple operación deductiva o silogística, bajo la consigna implacable que proclama: «*fiat iustitia, pereat mundus*» y constituye por tanto una «*jurisprudencia mecánica*» (en ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 35).

99Defiende dicha compatibilidad entre sistema y tónica en materia de nulidades p.e VAZQUEZ DE CASTRO al señalar que: «No se pueden mantener posiciones de rigidez en una materia que trata de dar explicación a situaciones anómalas y heterogéneas en las que no cabe un encasillamiento de soluciones dogmáticas. En la práctica, muchos casos a los que se debe tratar de dar solución no admiten ni resis-

El problema, pues, de la teoría dualista de la nulidad no es que sistematice las nulidades porque ello es un imperativo de la dogmática hasta el punto de que la labor de construcción del sistema jurídico es el quehacer más alto del científico¹⁰⁰. El problema de la teoría dualista de la nulidad es que, como heredera que es de una versión extrema de la jurisprudencia de conceptos, eleva al cielo de los conceptos dicha conceptualización: el problema no es, por tanto, el sistema sino el exceso de sistematización que se dejó por el camino numerosos matices que las decisiones de los tribunales (con su pensamiento tópico y sistemático) se están encargando de recordarnos. De Castro ha ubicado en sus justos límites la función sistemática al señalar que, aunque el sistema no es indispensable para el Derecho sí es útil por la claridad que produce para conocerlo, pero *«sacarlo de su función instrumental y querer basar en la perfección o en la elegancia del sistema la autoridad del Derecho o pretender atribuirle una mística fuerza jurídica productora, son atentados inadmisibles contra la dignidad y la naturaleza del Derecho»*¹⁰¹. Y añade: *«Frente a la tendencia hacia la abstracción y a las definiciones y clasificaciones "dogmáticas", debe observarse que sólo están justificadas aquellas que sirvan a la mejor realización del Derecho. Esos juegos intelectuales, a que tan dada ha sido la escuela de los pandektistas (sic), son inútiles y muchas veces perjudiciales»*¹⁰². Y es que si bien el gran aporte de la Jurisprudencia de conceptos es haber destacado la relevancia que los conceptos tienen para que pueda existir una Ciencia jurídica su desacierto es haber reducido la Dogmática sólo a la conceptualización y a la supuesta lógica que de ella pudiera derivarse excluyendo otros medios complementarios; la Dogmática jurídica no puede dejar de ser una *«Jurisprudencia de conceptos»*, pero no puede limitarse a ser sólo eso sólo¹⁰³. Dicha jurisprudencia de conceptos debe acudir al conocimiento de los intereses prácticos, de los que surge todo Derecho y, en suma, a la vida¹⁰⁴.

Pero el sistema expositivo didáctico de nulidades mayoritario en la doctrina (la teoría bipartita de las nulidades) presenta, además del problema de su naturaleza axiomática deductiva, al menos dos problemas más. En primer lugar, es un ejemplo paradigmático de sistema rígido e invariable cuando el Sistema debe ser, por esencia, variable porque

*ten un encuadramiento conceptual. El examen de estas situaciones anómalas ha de realizarse por vía inductiva partiendo de las situaciones concretas a las que se tiende a dar soluciones. (...) Desde la iuris prudentia del Derecho romano hasta la codificación no ha habido una teoría de la nulidad, sino diversos supuestos de nulidades pensadas y construidas sobre casos problemáticos concretos. El problema de la teoría clásica de la ineficacia es que al diseñar la teoría no se tiene en cuenta que se monta sobre una tónica que está en constante evolución y que tras la consolidación dogmática esa evolución continúa.... Se deben superar las concepciones «a priori», las construcciones edificadas desde un punto de vista demasiado teórico que utiliza una lógica abstracta demasiado exclusiva, porque crea sistemas puramente artificiales que no se adaptan a las exigencias de la práctica. Por consiguiente, aunque las categorías que se ha logrado sistematizar siguen siendo válidas para explicar y dar soluciones a la mayoría de supuestos problemáticos concretos ya estandarizados, puede que no se adapten a los nuevos supuestos problemáticos o nuevos casos litigiosos que van surgiendo con posterioridad en la realidad jurídica» (VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 399 y 400).*

100HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas...*, [4ª ed. 2008], ob. cit. p. 615. La ciencia del Derecho, ha dicho VILLAR PALASI, o es sistemática o no es tal ciencia, sino un simple agregado de normas dispersas, de imposible comprensión al no incardinarse en un conjunto ordenado (VILLAR PALASÍ, J.L.: *«Consideraciones...»* ob. cit. p. 510).

101DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T. I ob. cit. p. 445.

102Ibidem p. 446.

103ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. pp. 522 y 235.

104Como sostiene RUDOLPH SOHM (en *«Über Begriffsjurisprudenz»*, Deutsche Juristen-Zeitung): *«la Jurisprudencia de conceptos no puede ser nunca el único contenido de nuestra Ciencia del Derecho. Tiene que unirse al conocimiento de los intereses prácticos, de los que surge todo Derecho, a cuyo compás todo Derecho cambia»* cit. por ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 522.

el texto ordinamental legal y judicial, que el Sistema debe reflejar, varía cada día. Y, en segundo lugar, el sistema expositivo didáctico de nulidades mayoritario en la doctrina infringe el principio de relatividad de los conceptos jurídicos ordinamentales ya resaltado por la TCD y que señala que no existen conceptos dogmáticos universales¹⁰⁵. Los términos que maneja el Código civil español, y el sentido que les adscribe, son aspectos exclusivos del ordenamiento español y, aunque por razones históricas y de tradición, existan similitudes y coincidencias con otros ámbitos (con el derecho francés, alemán etc.) no puede olvidarse que, como el sistema refleja el ordenamiento de un ámbito determinado, cada ordenamiento maneja sus propios conceptos y cada sustantivo adquiere el significado que el propio ordenamiento les otorga. No se puede hacer un corta y pega (como en sede de sistema de nulidades se ha hecho) del sistema francés ni del alemán para aplicarlo en España porque el ordenamiento (que desde un punto de vista de la TCD es una totalidad textual entre cuyos textos parciales se encuentran junto a los textos legales, entre otros, los textos judiciales) es distinto y ello determina que el sistema también haya de ser distinto aunque pueda haber similitudes derivadas de una similar tradición jurídica.

En definitiva, el sistema de nulidades no debe ser axiomático deductivo ni invariable ni universal sino necesariamente hermenéutico, analítico, variable y relativo al ámbito objeto de análisis (en nuestro caso al ámbito español)¹⁰⁶. Y, si como ha dicho CUENA BOY «*el sistema se encuentra inevitablemente en quiebra permanente (y en permanente reconstrucción) como continua irrupción de problemas nuevos*», debemos prestar especial análisis a dichos problemas tal y como los analiza nuestra jurisprudencia para reconstruir permanentemente el sistema real de nulidades. La vida, en efecto, no puede ahormarse a conceptos tan rígidos, a geometrías tan precisas, a cálculos tan exactos¹⁰⁷ lo que ha hecho que dichas necesidades prácticas hayan dado lugar a nulidades atípicas no sólo por creación jurisprudencial sino también legal. Nulidades atípicas reconocidas recientemente por nuestra mejor doctrina si bien nuestra ciencia tradicional no deja de aferrarse a la teoría bipartita de las nulidades. En fin, que, aunque el exceso conceptual pretendió limitar los supuestos de invalidez a dos categorías (nulidad y anulabilidad) perfectamente predeterminadas en cuanto a sus consecuencias, las necesidades vitales han logrado liberar a la teoría de la invalidez de dichas cadenas a lo largo de una lenta evolución. Evolución que podría condensarse con la bella expresión de Goethe: «*Gris, querido amigo, es toda teoría, y verde el*

105 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. pp. 532 y 534. Véase más ampliamente sobre el principio de relatividad en el derecho para la TCD ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. pp. 89-94. Un estudio sobre dicho principio puede consultarse en CADENAS ITURRIOZBEITIA, A.: «Principio de relatividad sistémica y racionalidad jurídica en la TCD» en la obra *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 141-158.

106 Así señalará ROBLES MORCHON que el sistema que defiende la TCD no se trata de un sistema deductivo, sino hermenéutico donde si bien cabe, en ciertos momentos, razonamientos deductivos el pensamiento jurídico no está limitado a dicho método porque «*los modos deductivos del razonamiento constituyen... una herramienta argumentativa más, junto a otras*». Por otro lado «*aunque un razonamiento (jurídico) tenga forma deductiva, en cuanto a su estructura general, tanto antes como durante su transcurso está condicionado por las decisiones de quien interpreta y/o aplica*» lo que lo diferencia del razonamiento deductivo de verdad; es decir, del razonamiento matemático (ibíd. p. 595).

107 Aunque se ha tratado de identificar por algunas escuelas jurídicas el método jurídico con el geométrico llegándose a afirmar que «*el verdadero jurista es un geómetra*» o un matemático (vide GONZALEZ MARTINEZ, J.: «Jurisprudencia constructiva» en *RCDI* n.º 125, mayo 1935, p. 344) lo cierto es que la abstracción de dichas ciencias exactas se compadece muy mal con las exigencias prácticas y vitales del método jurídico. Así, señala VALLET «*el Derecho es algo inseparable de la vida...; de una abstracción no puede deducirse con exactitud matemática sino conclusiones igualmente abstractas, descarnadas de toda circunstancia, y de las cuales, normalmente, el caso juzgado se hallará al margen, por escapar de la certidumbre lógico formal*» (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico» en *REP*, n.º 206-207, 1976, p. 78).

dorado árbol de la vida».

Es preciso, pues, transitar del vigente sistema axiomático deductivo de nulidades y de una jurisprudencia mecánica de la invalidez a un sistema hermenéutico-analítico. Y de un sistema rígido a un sistema variable que tenga en cuenta que el texto ordinamental (legal y judicial) que el sistema debe reflejar y del que debe dar la mejor versión, varía constantemente. Y de un sistema absoluto que parte de conceptos dogmáticos universales de nulidad y anulabilidad a un sistema que refleje el ordenamiento textual español: todo el ordenamiento español (incluidos los textos judiciales) pero solo el ordenamiento español.

1.3 El sistema hermenéutico deductivo.

1.3.1 Consideraciones generales. Breve resumen de la TCD

Para continuar con la explicación de la importancia del sistema que refleje el ordenamiento de un ámbito y para explicar el orden expositivo seguido en esta obra creo que es imprescindible hacer un breve resumen de la terminología empleada que hemos tomado prestada de la TCD formulada por el Prof. ROBLES MORCHON porque sin dicha explicación, aunque sea breve, de dicha teoría quizá no se comprenda cabalmente esta tesis. Y, sobre todo, es preciso exponer dicha TCD porque, a lo largo de toda esta tesis, asumiremos sus postulados esenciales.

La TCD surge como respuesta a los problemas irresolubles que plantean las principales corrientes de pensamiento jurídico, principalmente las escuelas iusnaturalistas, positivistas y el realismo escandinavo y norteamericano¹⁰⁸, y surge, también, como lógica evolución y culminación del proceso histórico de la filosofía jurídica¹⁰⁹. Dicha TCD, que se denomina así por hacer de la comunicación su perspectiva de conocimiento y que adopta como punto de partida y de referencia constante el lenguaje (hasta el punto de que se auto-definiera como análisis del lenguaje de los juristas)¹¹⁰ señalará que una de las características del Derecho moderno es que se presenta como un conjunto de textos escritos o al menos susceptibles de hacerse constar por escrito¹¹¹. Texto, así, es toda obra humana, susceptible de comprensión y,

108 ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 106. El fracaso del iusnaturalismo radicó en su incapacidad para enfrentarse con los hechos y con las ciencias jurídicas de carácter empírico y el fracaso del positivismo en que, en rigor, no hay hechos sino solo interpretaciones (ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 151).

109 La TCD debe ser entendida en el marco del proceso histórico de la filosofía jurídica, proceso que comienza con una perspectiva metafísica (propia del iusnaturalismo) continua con una perspectiva positivista (propia del positivismo jurídico) y culmina con la perspectiva hermenéutico-analítica que encarna la TCD (ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. pp. 54-56).

110 ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. pp. 19, 20, 21, 103 *et passim*. Si el iusnaturalismo puso el acento en la idea de justicia, y el positivismo en el elemento de la coerción, la TCD contempla el fenómeno jurídico como un conjunto de procesos de comunicación. Sobre dicho perspectivismo textual vide más ampliamente ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. pp. 79-83; del mismo autor, *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. pp. 719-725. Téngase en cuenta que el perspectivismo, como doctrina filosófica, tuvo como máximo exponente filosófico en nuestra patria a Ortega y Gasset y que el profesor Robles Morchón escribió su tesis doctoral sobre dicho autor («*Sociedad, Historia y Derecho en la obra de Ortega y Gasset*», tesis doctoral (Dir. L. Legaz y Lacambra), UCM Madrid, 1975, 515 pp.). El perspectivismo textual del profesor ROBLES es, pues, un intento de adaptar el perspectivismo, como doctrina filosófica general, al fenómeno jurídico.

111 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. p. 266. La costumbre, un contrato oral, una declaración o cualquier otra obra humana que se exprese mediante lenguaje oral es susceptible de ponerse por escrito (*ibid.* p. 266, 268). La TCD también puede denominarse «*Teoría de los textos jurídicos*» que es un rótulo que implica el recuerdo de cuál es el objeto sobre el que se aplica el método (*ibid.* p. 389, 318); siendo dicho objeto los textos jurídicos, entendiéndose esta palabra también en un sen-

por tanto, de interpretación¹¹².

Dentro de dicha TCD existen tres conceptos teórico-jurídicos fundamentales: el ámbito (AMB), el ordenamiento (ORD) y el sistema (SIS)¹¹³. Así, en primer lugar, es esencial el concepto de ámbito jurídico (AMB) que es una aportación estrictamente original de la TCD y sería el «*espacio virtual*» donde tiene lugar la comunicación jurídica¹¹⁴ comprendiendo todos aquellos procesos comunicacionales que son inteligibles en relación con un marco hermenéutico de referencia, constituido por el eje ordenamiento jurídico/sistema jurídico (ORD/SIS)¹¹⁵. Pero dentro del AMB además de los textos ordinamentales que conforman el ordenamiento y se generan mediante decisiones de las autoridades jurídicas¹¹⁶ y de los textos sistémicos que conforman el sistema (tratados doctrinales, manuales, monografías, artículos, etc.) hallamos textos que no pertenecen ni al texto ordinamental ni al sistémico como p. ej. todos aquellos textos que coadyuvan a la toma de decisiones legislativas -como debates parlamentarios etc.- o requeridos en los procesos judiciales (demandas, querellas etc.)¹¹⁷.

La TCD se compone de tres partes dividiendo su tarea en tres grandes capítulos, cada uno de los cuales considera el texto jurídico en una perspectiva diferente¹¹⁸. Al estar inspirada en la filosofía lingüística, sigue la tripartición de esta última en sintaxis, semántica y pragmática¹¹⁹. A la sintaxis le corresponde la teoría formal del derecho cuyo concepto central es el de norma e investiga los elementos básicos de todo ordenamiento y sus relaciones recíprocas, o sea, la estructura formal del derecho y las funciones formales de sus diversos elementos dentro del sistema¹²⁰. A la semántica, le

tido amplio, que engloba no sólo los textos jurídicos escritos, sino también aquellos que proceden del lenguaje oral, e incluso los actos y omisiones contemplados porque en el Derecho todo se manifiesta en texto o es reducible a texto (los actos humanos deben ser considerados como textos, ya que también ellos son el resultado de una interpretación constructiva que se realiza sobre la base de observaciones directas o bien sobre la base de testimonios y otros tipos de indicios o pruebas).

112Ibid. p. 449; en el mismo sentido del mismo autor, *Introducción...*, ob. cit. p. 161.

113ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 541 *et passim*. Solo las sociedades que han alcanzado un cierto nivel de civilización disponen de sistema (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 540; del mismo autor, *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 96) de modo que las sociedades poco avanzadas en las que no existe el sistema sí hay ámbito y ordenamiento mientras que en las sociedades avanzadas habrá ámbito, ordenamiento y sistema (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 335; del mismo autor, *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 96). El sistema es contingente; el ámbito y el ordenamiento necesarios (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 540 *et passim*).

114Ibid. p. 335. En el mismo sentido, ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 95. Más ampliamente sobre dicho concepto de ámbito jurídico LA PORTA, A.M^a: «La mediación comunicacional en el ámbito jurídico: la teoría comunicacional del derecho como teoría de los ámbitos jurídicos» en la obra *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 395-411.

115ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 335; del mismo autor: *Cinco estudios...*, ob. cit. pp. 104-105. El ordenamiento y el sistema para la TCD, y a diferencia del positivismo kelseniano que los consideraba sinónimos, son realidades diferentes, aunque conectadas (*Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 467).

116Ibid. p. 475; del mismo autor, *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 104 Un ordenamiento es una totalidad textual cuyos textos parciales (constitución, leyes, reglamentos, sentencias etc.) se generan mediante decisiones (en terminología tradicional, mediante «actos de voluntad»). Cada decisión se manifiesta en un acto de lenguaje comunicacional dirigido a unos destinatarios. Sobre el texto constitucional vide más ampliamente ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. pp. 335-339; sobre los textos legales *ibid.* pp. 341-348 y sobre textos judiciales *ibid.* pp. 350-356 Para la TCD, siguiendo a la Escuela de Viena, las sentencias judiciales conforman normas jurídicas individuales.

117ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 334 *et passim*. Más ampliamente sobre decisiones jurídicas ambivalentes que no son ni ordinamentales ni sistémicas en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del Derecho...*, Vol. III ob. cit. pp. 519-525.

118ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 16.

119La TCD adopta la división de la semiótica de Charles Morris en tres niveles o disciplinas distintas: pragmática, semántica y sintaxis. (ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 160; del mismo autor, *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 21 n 12, pp. 52-53 y 105).

120ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 13. La TCD considera que la norma no aparece

corresponde la teoría de la dogmática jurídica cuyo concepto central es el de institución objetivo y que reflexiona sobre los significados que tienen las normas concretas de un ordenamiento determinado¹²¹. A la pragmática le corresponde la teoría de las decisiones jurídicas cuyo concepto central es el de decisión. Norma, institución y decisión son, así, los tres pilares conceptuales de la TCD¹²². Cabe por tanto distinguir:

1.3.1.1. Teoría formal o pura del Derecho (sintaxis jurídica)

La Teoría del Derecho, en su plano sintáctico, constituye, para la TCD, una investigación formal del Derecho considerado como un sistema de proposiciones lingüísticas de caracteres especiales. Dicha Teoría se propone, como sintaxis, la investigación de los conceptos jurídicos formales, es decir, universales, aplicables a todo sistema jurídico, ofreciendo una teoría de las normas jurídicas, de la estructura interna del sistema, de las relaciones entre sistemas y de los conceptos jurídicos formales que todo sistema presupone. En este plano, la teoría formal del Derecho que defiende la TCD parte de una crítica de la concepción homogénea de las normas jurídicas defendida por la Escuela de Viena¹²³ para pasar a una concepción heterogénea de las mismas que admite diversas modalidades¹²⁴. La norma jurídica se definirá por esta teoría como «proposición lingüística perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir la acción humana»¹²⁵. Y hará de dicho concepto de norma jurídica el concepto central de la Teoría formal del derecho¹²⁶. A partir de la norma jurídica y sus tipos el Prof. ROBLES MOCHON construye los conceptos jurídicos formales (universales) que analiza detalladamente en el Volumen I de su obra «Teoría del Derecho», tales como: acción, conducta, omisión, validez de los actos y de las normas, coactividad, situación jurídica, las relaciones jurídicas interpersonales, las relaciones entre ordenamientos, las relaciones intersistémicas, las relaciones interordinales, y, por último, la persona y el sujeto jurídico.

En dicha Teoría formal del Derecho están excluidos los valores (y, por tanto, entre otros la justicia), ya que el objeto de aquélla es establecer un conocimiento formal, y, por ende, universal del Derecho. Por eso es una Teoría pura del derecho que, además, renuncia a definir este y se limita a afirmar que la palabra “derecho” es un mero nombre (*nomen*) para designar el conjunto de ámbitos jurídicos existentes, que han existido y que existirán en el futuro. Defiende, pues, la tesis nominalista, vinculada a la pluralista: no existe el derecho como tal, sino una pluralidad de ámbitos jurídicos¹²⁷.

1.3.1.2 Teoría de la Dogmática jurídica (semántica jurídica)

Tiene por objeto analizar cómo se genera el sistema dogmático, sistematizando el material del ordenamiento en torno al concepto central de institución jurídica¹²⁸; en definitiva, persigue entender cómo operan las disciplinas propias de la Ciencia de los

formulada en el ordenamiento, sino en el sistema, ya que es en éste donde quedan dibujados sus contornos semánticos.

121 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 12.

122 ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 105.

123 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 190-196

124 Más ampliamente sobre los diversos tipos de normas que propone la TCD vide ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, Vol. I ob. cit. p. 218 a 241.

125 *Ibid.* p. 215; en el mismo sentido del mismo autor, *La justicia...*, ob. cit. p. 69.

126 *Ibid.* p. 174.

127 ROBLES, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 612; del mismo autor: *Cinco estudios...*, p. 79-89 y 105.

128 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 174.

juristas a la hora de comprender un determinado ordenamiento y transformarlo en el sistema jurídico que lo refleja y completa¹²⁹.

Un ordenamiento jurídico, para la TCD, es un conjunto de textos (textos ordinamentales o texto bruto) resultado de otras tantas decisiones fundamentalmente de las autoridades jurídicas¹³⁰. Algunos textos nacen ya escritos (la ley) otros no (la costumbre, los principios o los actos) pero, en todo caso, todos ellos como vimos son susceptibles de convertirse en texto escrito. El conjunto de todos esos textos parciales conforma el ordenamiento jurídico. Ahora bien, al jurista teórico le compete tomar en sus manos esa materia textual bruta (ese texto bruto ordinamental) y construir el sistema¹³¹. Dicho sistema es una exigencia y una necesidad ineludible de cualquier dogmática jurídica moderna¹³² porque la materia bruta ordinamental se nos presenta como un conjunto de textos que adolece de carencias (ambigüedades, contradicciones, lagunas, solapamientos, términos confusos etc.)¹³³. En suma: el ordenamiento necesita de explicación y comprensión y para ello surge la ciencia de los juristas; la dogmática jurídica, que constituye junto a la teoría formal del derecho y la teoría de las decisiones una de las tres partes en las que se divide la TCD.

Así pues, la dogmática jurídica tiene como misión principal¹³⁴ construir un sistema que refleje complete y permita conocer un ordenamiento determinado¹³⁵. De este modo entre ordenamiento y sistema existirá una compenetración relevante y una influencia recíproca que suele terminar en enriquecedor dialogo¹³⁶. Además, el sistema es variable, es el resultado de la construcción hermenéutica¹³⁷ y en ningún caso, como vimos, debe ser es axiomático¹³⁸.

129ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 52-53.

130ROBLES, G.: *Teoría*, Vol. II ob. cit. p. 467: «el ordenamiento jurídico es el «texto bruto» sobre el cual trabaja la Dogmática para construir el sistema jurídico, que forma el “texto elaborado”». El poder constituyente decide el texto constitucional; el legislativo, el texto de la ley; el órgano administrativo, el texto de la resolución; el juez, el texto de la sentencia; etc.

131Destaca el prof ROBLES el carácter constructivo de la dogmática jurídica en todo el Vol. II de su obra *Teoría del Derecho* y especialmente en pp. 289, 551, 556 y 571-575.

132Resalta dicha necesidad de sistema ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. p. 281 *et passim*.

133ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 104; *Teoría*, Vol. II ob. cit. pp. 266-267.

134La función principal de la Dogmática es construir el sistema; dentro de sus funciones secundarias están la explicación histórica, sociológica y psicológica; esto es, el manejo de hechos. (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 311).

135El texto sistémico refleja el texto ordinamental, pero no lo refleja como un espejo, sino que lo reelabora, reconstruye y completa, hace explícito lo implícito, llena lagunas y resuelve contradicciones. Así, el sistema no es sino el ordenamiento mejor expuesto que lo que está en los textos ordinamentales (*ibid.* 563); no es sino la mejor versión del ordenamiento jurídico; no es sino el ordenamiento pero explicado y aclarado (*ibid.* p. 267).

136Entre el texto ordinamental y el sistémico existe una compenetración relevante en la medida en que el último no es ni debe ser otra cosa que la mejor versión –más completa, más ordenada, más coherente, más explicada– del primero (*ibid.* p. 334). Pero dicha interrelación e influencia recíproca entre ordenamiento y sistema se manifiesta también en el hecho de que los conceptos elaborados por Dogmática se incorporan al ordenamiento como consecuencia del aprendizaje y uso posterior por parte de los operadores jurídicos (*ibid.* p. 538). Reitera dicha idea de influencia recíproca entre ordenamiento y sistema en *ibidem* pp. 563 y 564 *et passim* y, en el fondo, implica que el sistema se construye por la dogmática partiendo de un determinado texto ordinamental, pero, una vez construido dicho sistema, los que tienen capacidad para generar textos ordinamentales (legislador, jueces) muchas veces parten del sistema para generar nuevos textos ordinamentales. En el mismo sentido sobre dicha interacción entre ordenamiento y sistema vide ROBLES MORCHON, G.: *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 96.

137Sobre la variabilidad del sistema vide más ampliamente *Teoría*, Vol II p. 289, 583, 592 *et passim*, y sobre el constructivismo hermenéutico *ibid.* pp. 289, 551, 556 y 571-575 especialmente p. 573.

138*Ibid.* p. 608 *et passim*.

La Dogmática se limita a interpretar los textos ordinamentales para construir el sistema que refleja un ordenamiento concreto¹³⁹. Dicho sistema es resultado de una construcción hermenéutica o interpretativa de los textos que componen el ordenamiento. En su labor, al interpretar, conceptualiza y sistematiza. Por eso, la Dogmática jurídica es una disciplina interpretativa (i.e. hermenéutica¹⁴⁰), conceptualizante (i.e. analítica¹⁴¹) sistematizante (y, por ende, constructiva e institucional) y aplicativa (i.e. práctica).

En todo caso, dentro del sistema es preciso distinguir entre sistema jurídico en sentido amplio (o expositivo–didáctico) y sistema normativo (sistema jurídico en sentido propio) aunque ambos sean objeto de investigación por la teoría de la dogmática jurídica. El primero sería el conjunto de teorías expuestas por la dogmática jurídica. Cuando un jurista escribe una obra hace una propuesta –ordenada sistemáticamente– con la intención de que triunfe en la vida jurídica real –esto es, de que sea aplicable principalmente por los tribunales¹⁴². Así, el objeto del sistema expositivo sería presentar ordenadamente la materia jurídica, y hacerlo de tal modo que sus propuestas interpretativas y conceptualizadoras sean aceptadas en el sistema jurídico normativo¹⁴³. Ahora bien, como muchos son los autores y las propuestas, es necesario averiguar cuáles son las que han triunfado en un momento determinado. Estas últimas propuestas triunfantes son las que, en su conjunto, configuran el sistema jurídico normativo¹⁴⁴. No podemos denominar sistema normativo a todo lo que aparece expuesto en la Dogmática jurídica sino sólo a aquellas doctrinas desarrolladas por los científicos del derecho que se aplican en la práctica por nuestros más altos tribunales¹⁴⁵.

El sistema didáctico sería fácil de conocer, es algo perceptible en los libros del Derecho -basta con leer sus índices para descubrirlo- y constituye una relevante aproximación al sistema normativo. Por el contrario, este último no es perceptible de forma tan fácil¹⁴⁶, sino que requiere, en cada punto, la investigación de cuál sea la manera de entender el Derecho vigente y de qué modo lo aplican los tribunales por lo que será la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales la que nos permita descubrir el sistema jurídico normativo¹⁴⁷ de modo que una teoría dogmática es sistémica cuando se aplica mayoritariamente por los tribunales superiores¹⁴⁸. El sistema en sentido estricto sería pues es el conjunto de propuestas normativas y doctrinales que, de hecho,

139 *Ibid.* p. 49. Insiste el profesor ROBLES a lo largo de toda su obra en la idea de que la dogmática jurídica tiene como misión construir el sistema que refleja y *completa* el ordenamiento (p. ej. ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 17, 65 *et passim*).

140 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 358. La interpretación es una función intelectual que pretende comprender el sentido o significado de lo interpretado. Ahora bien, las pautas interpretativas son de muy variada especie (*ibid.* p. 365) A dicha labor interpretativa se dedica en *ibidem* pp. 405 y ss.

141 *Ibid.* pp. 521-522. Conceptualizar implica definir formal y materialmente los sustantivos usados por cualquier autoridad del ámbito jurídico correspondiente y delimitar el significado de dicho concepto con respecto de otros conceptos próximos. Los conceptos dogmático-jurídicos se presentan, así, como un reflejo de los conceptos ordinamentales pero el jurista, al definir, completa y perfecciona el texto bruto ordinamental, transformándolo en texto elaborado sistémico.

142 *Ibid.* p. 556

143 *Ibid.* p. 613, 592 *et passim*.

144 *Ibid.* p. 557. Este sistema se denomina por la TCD «*normativo*» porque en él hallamos la norma jurídica aplicable al caso, así como los argumentos y demás aspectos doctrinales que apoyan la construcción sistémica de dichas normas.

145 *Ibid.* p. 290

146 Insiste en esta idea de que el sistema normativo no es tan patente como el expositivo didáctico y necesita de un proceso de averiguación al señalar que: «*El sistema sí existe, pero hay que averiguarlo en cada momento que nos planteemos cómo abordar una determinada cuestión jurídica*». (*ibid.* p. 557)

147 *Ibid.* p. 334 *et passim*.

148 *Ibid.* p. 450, 556, 559 562, 603, 605 *et passim*. En el mismo sentido. *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 97.

reflejan el ordenamiento jurídico en un momento determinado¹⁴⁹.

En todo caso, conviene resaltar las complejas relaciones entre ordenamiento y sistema, que podemos sintetizar en un aspecto sincrónico (el sistema refleja el ordenamiento y, al tiempo, lo perfecciona eliminando contradicciones, ambigüedades y lagunas del ordenamiento: el sistema es el ordenamiento construido) y un aspecto diacrónico (el ordenamiento y sistema mantienen entre sí una relación «*dialéctica*»: el sistema perfecciona al ordenamiento, pero al servir de modelo y pauta para las futuras transformaciones del ordenamiento, a lo largo del tiempo se va generando una espiral de influencias recíprocas)¹⁵⁰.

1.3.1.3 Teoría de la Decisión jurídica (pragmática jurídica).

La TCD en su plano pragmático estudia los diferentes procesos de decisión creadores del ordenamiento jurídico, así como la teoría de la justicia que va incorporada a dichos procesos de decisión¹⁵¹. En definitiva, tiene por objeto investigar los diferentes procesos de decisión que se generan en el ámbito jurídico y sus respectivos lenguajes que pueden reducirse a tres: teoría de la decisión legislativa y constitucional; teoría de la decisión judicial y teoría de la retórica jurídica (cuyo objeto es el análisis del lenguaje de convicción, tanto en el nivel extrasistemático como intrasistemático)¹⁵². Y así como toda decisión persigue intrínsecamente unos fines, la Teoría de la decisión jurídica ha de acoger, asimismo, una reflexión material o axiológica en relación con los procesos de decisión por lo que la axiología jurídica o teoría de la justicia halla así

149ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. Cit. p. 555,

150ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 66

151ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 174. Insiste en ubicar la teoría de la justicia en este plano pragmático en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, T. II. ob. cit. p. 23; del mismo autor *Teoría del Derecho...*, Vol. III ob. cit. pp. 61, 62, 200, 201, 855 y ss *et passim*; del mismo autor, *Teoría del derecho...*, T. I. ob. cit. p. 909; del mismo autor, *Cinco estudios...*, ob. cit. p. 106; del mismo autor, *La justicia...*, cit. pp. 13, 15, 60, 62 *et passim*.

152En la teoría de la decisión jurídica junto a la parte material existiría una parte procedimental o adjetiva que no tendría por objeto el desarrollo de los contenidos materiales de la idea de justicia sino el aspecto formal o procedimental de esta (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 160) Y así en una sociedad democrática y necesariamente plural solo a través del dialogo ideal -que supone la participación de dialogantes plenamente racionales que serían todos los individuos, no movidos por otro interés que no sea el bien de la sociedad- es posible llegar al consenso ideal es decir al acuerdo entre posiciones no coincidentes que permite establecer la verdad política (o moral) o justicia (ibíd. pp. 159, 161-162 y 165) y que sirva de referente y modelo a seguir para el dialogo real que alcance el consenso político real y en el que los partícipes serán principalmente los partidos políticos y sindicatos (ibíd. pp. 165-167). Cuanto más se aproxime el dialogo real y el consenso real al dialogo ideal y consenso ideal tanto más próximo estará el ideal de la democracia (ibíd. 168-169) y tanto mayor será el grado de justicia política conseguida (ibíd. p. 171) Aunque dicho consenso ideal o real obtenido, en principio, es transitorio parece indiscutible que podría delimitarse un núcleo de elementos axiológicos indiscutibles, irrenunciable, irreductible y objetivos que repudie la injusticia radical (así en un dialogo ideal sería inconcebible acordar el asesinato racista o la condena al hambre de masas de población etc.) (ibíd. pp. 162-163). En todo caso, frente a una concepción procedimentalista de la democracia (la decisión es justa porque se ha adoptado siguiendo el procedimiento legalmente establecido) que supone el triunfo de la razón técnica sobre la razón ética, señala ROBLES que la democracia no puede limitarse a cuidar su procedimiento sino que también es preciso justificar éticamente el contenido material de las decisiones (ibíd. 169) y tener en cuenta que al menos en una democracia liberal se deben respetar determinados valores que ni siquiera el pueblo soberano puede cambiar (ibíd. 170). Es preciso un retorno a la ética en serio; no a una ética meramente procedimentalista. Una ética que supere el relativismo moral, logre un consenso mínimo sobre valores básicos necesarios para una convivencia realmente humana, que sustituya el principio de la felicidad por el principio de la responsabilidad y la recuperación del sentido del deber (ibíd. pp. 184-185) y configure, siguiendo a Kant, como deberes fundamentales la perfección propia y la felicidad ajena (ibíd. p. 187).

su lugar en el marco de la teoría de la decisión jurídica¹⁵³. Así, dentro de dicha teoría de la decisión jurídica y junto al análisis de los tipos principales de decisión jurídica (teoría de la legislación, de la decisión judicial y de la retórica jurídica) se encontraría la teoría de la justicia que, a su vez, podría dividirse en teoría de la justicia extrasistemática (política jurídica) y teoría de la justicia del caso concreto¹⁵⁴.

El prof. ROBLES en su obra «La justicia en los juegos» realiza un esbozo de dicha teoría de la justicia. Y para ello distingue dos aspectos de la misma: la justicia extrasistémica y la justicia intrasistémica¹⁵⁵ o, como afirma con más precisión, en otro lugar de su obra la justicia extra-ambiental y ambiental¹⁵⁶. Investigar sobre ambas es necesario, aunque el estudio sobre cada una de ellas corresponda a distintas ramas del Derecho: a la Filosofía del Derecho la primera y a la dogmática jurídica la segunda¹⁵⁷.

A) La Justicia extra-sistémica.

Todo ordenamiento jurídico se caracteriza porque ha surgido mediante un torrente, más o menos abundante, de decisiones. La primera de estas decisiones, y la más relevante, es la fundacional del ordenamiento: la decisión constituyente. Antes de ella el ordenamiento no existe porque es dicha decisión constituyente la que da lugar al nacimiento del ordenamiento jurídico¹⁵⁸. La decisión constituyente es un acto del poder constituyente que crea un texto: la constitución¹⁵⁹. Dicha decisión constituyente, por su propia naturaleza, es extrasistémica porque es ella la que genera la constitución y, por tanto, el ordenamiento¹⁶⁰. Es preciso resaltar en dicho plano de la decisión

153 ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 162-163. Añadiré el Prof. ROBLES como en la TCD no pierde ningún tema del pasado sino sencillamente lo coloca en su sitio y así, por ejemplo, la justicia pierde la dimensión ontológica que le concedía el iusnaturalismo y se ubicará en la Teoría de la decisión porque hoy «carece de sentido disputar sobre qué es la justicia en relación con el concepto del Derecho (negando, por ejemplo, carácter jurídico al Derecho calificado de injusto), pero sí tiene sentido vincular la justicia a la decisión». De este modo la TCD recupera el tema de la justicia, denostado por el positivismo «pero no con el viejo planteamiento, sino inmerso, como hemos visto, en el marco del análisis del lenguaje de los juristas» (ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 168).

154 ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 167. En su obra *La justicia en los juegos* varía ligeramente su sistemática y estudia la idea de justicia dentro en lugar de después de cada tipo de decisión (vide ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 50 y 51).

155 Mas ampliamente sobre la diferencia entre, por un lado, decisión constituyente (o extraordinamental/extrasistémica) y, por otro lado, decisión intraordinamentales/ intrasistémica en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, T. I. ob. cit. p. 107.

156 En el volumen tercero de su obra *Teoría del Derecho* el prof. ROBLES prefiere distinguir terminológicamente entre justicia ambiental y extra-ambiental. La justicia ambiental alude a los ideales de convivencia concretados en un ámbito jurídico determinado o en una familia de ámbitos jurídicos (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, T. III. ob. cit. pp. 858 y 864); la justicia extra-ambiental prescinde de dichos ámbitos y alza su vuelo especulativo y filosófico hacia un posible ámbito idealizado para construir un Derecho ideal en una sociedad ideal (ibíd. pp. 858 y 860). Aquella da lugar a una teoría jurídica de la justicia, esta a una teoría ética de la justicia (ibíd. p. 858).

157 Así, señala ROBLES que la justicia extraordinamental (o abstracta) se refiere a los principios que por su propia naturaleza deberían ser aceptados universalmente y que no está condicionada por las circunstancias histórico, culturales o sociales y su investigación corresponde a la Filosofía del Derecho y más concretamente a la teoría de las decisiones jurídicas. Por el contrario, la justicia ordinamental (relativa) es la justicia que se supone que trata de encarnar un determinado ordenamiento jurídico y es la ya plasmada en los textos ordinamentales y su investigación corresponde a la dogmática jurídica (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, T. II. ob. cit. p. 499).

158 ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, T. III. ob. cit. pp. 109 y 110.

159 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 60, 13 *et passim*.

160 ROBLES, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 13. En el volumen tercero de su obra *Teoría del Derecho* ROBLES matiza su posición inicial al señalar que el poder constituyente es extraordinamental (porque es el quien por medio de su decisión crea el primer texto ordinamental, la Constitución) pero ello no quiere decir que dicho poder constituyente no sea jurídico porque la juridicidad no va ligada al ordenamiento sino al ámbito (ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, T. III. ob. cit. pp. 109 y 110) y «tanto el Poder

constituyente y de la justicia extrasistémica diversos aspectos:

Primero. La TCD sitúa el tratamiento teórico del problema de la justicia justo en este momento de la teoría de la decisión constituyente que obviamente es una justicia extrasistémica¹⁶¹.

Segundo. la teoría de la justicia parte necesariamente de una ficción: la de un poder constituyente perfecto¹⁶². El teórico del derecho cuando reflexiona sobre la justicia, en el fondo, se plantea lo mismo que se plantearía un constituyente ideal que estuviera dotado de las mejores cualidades intelectuales y morales porque la teoría de la justicia no es sino una reflexión sobre los ideales de una sociedad perfecta realizada por alguien que, al hacerlo, pretende actuar como un constituyente perfecto e ideal¹⁶³. Todo esto quiere decir que la teoría de la justicia, en su acepción más especulativa y libre, tiene su lugar, dentro del marco de la TCD, en el plano de la decisión constituyente, que es el que corresponde al momento en que hay que plantear el problema de una sociedad justa, y darle una solución. El documento constitucional encarnará entonces, de un modo más o menos fiel a las pretensiones del poder constituyente, ese conjunto de principios de justicia que se requieren para una sociedad justa¹⁶⁴.

La justicia material se sustanciará, por tanto, principalmente dentro del marco constitucional preordinamental/presistémico. Dichos principios materiales de justicia se contendrán en la «*constitución material*» entendida como «*el conjunto de normas que establecen los principios materiales de justicia a los que han de ser fieles las decisiones de todos los órganos del ordenamiento, y, por tanto, el resto de las normas jurídicas inferiores a la constitución*»¹⁶⁵, y en la cual «*los valores materiales exigen una razón también material*»¹⁶⁶.

Tercero. El debate constituyente implica una discusión sobre valores-derechos humanos¹⁶⁷ y sobre valores-deberes humanos¹⁶⁸. En el marco de la decisión constituyente en su aspecto material¹⁶⁹ (teoría de la justicia) la cuestión principal que se planteará es cuáles son los derechos que deben introducirse en la constitución, cuáles son aquellos a los que se ha de reconocer la cualidad de fundamentales y cómo se diferenciarán estos últimos del resto de los derechos subjetivos¹⁷⁰. Si el constituyente no ha dado respuesta a esas cuestiones existirá una delegación tácita en el poder legislativo, y si éste también calla en la jurisprudencia (del TC, del TS o del TJUE)¹⁷¹.

constituyente como la Decisión Constituyente se dan dentro del ámbito jurídico» (ibid. p. 109). El Poder Constituyente es «una entidad extraordinamental que pertenece al ámbito jurídico» (ibid. p. 119).

161ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 60.

162Ibidem p. 62. También en ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, T. III. ob. cit. p. 129.

163ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. pp. 14 y 62.

164Ibidem p. 15.

165ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, T. I. ob. cit. p. 383.

166Ibidem p. 384.

167ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 81.

168Una síntesis de la doctrina del prof. ROBLES sobre los deberes y su relación con los derechos humanos puede verse en ROCA FERNÁNDEZ, M.J. «Derechos y deberes: su desconexión en la teoría moderna de los derechos humanos» en *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 543- 554.

169Para la TCD desde una visual formal existe Constitución desde el mismo momento en el que se determina normativamente en un texto la forma de gobierno de un Estado (esto es, desde el momento en que se institucionalizan los poderes supremos, fuente del conjunto normativo posterior a la Constitución) y ello aunque el texto constitucional no aborde ninguna otra cuestión (ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, T. III. ob. cit. p. 139 *et passim*).

170Ibidem p. 80-81.

171Ibidem p. 81.

Y en este debate es imprescindible distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales. Recordemos que el prof. ROBLES sigue una teoría formal del derecho que renuncia a definir este y señala que la palabra “*derecho*” es un mero nombre para designar el conjunto de ámbitos jurídicos existentes, que han existido y que existirán en el futuro. Por tanto, no existe derecho antes o fuera del ámbito; no existen derechos antes de que hayan sido positivizados. Por eso, considera que los llamados «derechos humanos», que la escuela iusnaturalista diría que preceden al derecho positivo, «*no son, en verdad, auténticos derechos -protegidos mediante acción procesal ante un juez- sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana*»¹⁷² y que, en todo caso, «*una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser “derechos fundamentales”, en un determinado ordenamiento jurídico*»¹⁷³. En resumen, llamamos derechos humanos, dice ROBLES, a los valores-derechos que, desde las diversas ideologías, se postulan para su inclusión en el ordenamiento positivo¹⁷⁴, pero será la decisión constituyente la que los transforme en derechos fundamentales al incorporarlos a la constitución. Antes de que se concreten en la constitución o, en su caso, en la legislación o la jurisprudencia, aún no puede hablarse de ellos como de auténticos derechos subjetivos (por tanto, tampoco de derechos subjetivos fundamentales), sino que, en ese momento previo a la creación de un nuevo orden jurídico, lo apropiado es que nos refiramos a ellos como derechos humanos, esto es, como valores-derechos que deberían introducirse en la constitución¹⁷⁵. Los derechos fundamentales son así «*derechos humanos positivizados*»¹⁷⁶ de modo que la positivización tiene tal transcendencia que modifica el carácter de los derechos humanos prepositivos transformándolos de criterios morales en auténticos derechos subjetivos de protección reforzada¹⁷⁷. Pero los «*valores-derechos humanos*» y los derechos fundamentales sí comparten dos cosas: primero su conexión formal con la persona humana bajo la forma de lo que le es propio, lo que le pertenece como suyo¹⁷⁸; y, segundo, que ambos cumplen una función sumamente importante como criterios de justificación en las decisiones jurídicas porque cuando decimos que los «*valores-derechos humanos*» son criterios morales estamos afirmando que constituyen pautas de deliberación de carácter moral que han de tenerse en cuenta en la toma de decisiones políticas y jurídicas¹⁷⁹.

172 ROBLES MORCHON, G *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 19-20

173 *Ibidem* p. 20, en el mismo sentido p. 174 *et passim*; en el mismo sentido del mismo autor, *La justicia...*, ob. cit. p. 81. Recordemos el principio de relatividad que sostiene la TCD por lo que los derechos fundamentales lo serán sólo con relación al ámbito y ordenamiento donde hayan sido positivizados.

174 Los derechos humanos no son derechos sino principios morales; aspiraciones de grupos humanos, más o menos amplios, y que creen poder justificar con buenas razones (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 128)

175 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 82.

176 ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 20

177 *Ibidem* p. 20-22. La categoría de los «*derechos humanos*», dice ROBLES MORCHON, pertenece al ámbito de la ética, de la política y de la ideología, pero no por ello debemos excluirla de nuestras argumentaciones racionales (*ibid.* p. 127).

178 *Ibidem* p. 23.

179 *Ibidem* p. 27. Para ROBLES un criterio es un punto de vista respecto a cómo hay que actuar en determinada esfera de la actividad humana (*ibid.* p. 25) y los derechos humanos son criterios por los que el hombre rige sus conductas en sociedad (*ibid.* pp. 25-26) siendo el fundamento último de dichos derechos humanos un fundamento moral (*ibid.* 27). Y esto último implica conectarlos con un sistema de valores axiológico general (*ibid.* p. 29) de modo que, a pesar de que existe en las sociedades actuales una moral plural o heterogénea, toda sociedad precisa «*cierto grado de homogeneidad para seguir manteniéndose como tal*» y «*un núcleo de valores sobre el que asentar la convivencia*» (*ibid.* p. 31). Los derechos humanos, considera ROBLES, no pueden tener un tratamiento autónomo desligado de los valores por lo que es preciso estudiar aquellos conectándolos con los deberes que forman parte de dicho sistema axiológico (*ibid.* p. 33) porque el olvido de la idea del deber se ha traducido en las sociedades mo-

Como hemos dicho, dichos criterios morales -los valores derechos humanos- no son irrelevantes porque influirán necesariamente en el proceso de decisión presistémica y preordinamental constituyente que culminará con la redacción del texto constitucional y con la positivización y transformación de valores humanos en derechos fundamentales de aquellos que al menos en una sociedad democrática hayan recibido el respaldo suficiente¹⁸⁰. Los valores-derechos humanos afectan, por tanto, a la teoría del derecho pero no en todos sus planos (formal, dogmático y pragmático), sino tan solo en el plano pragmático o decisonal porque es, en dicho momento del proceso de decisión preordinamental, cuando se discute sobre fines y valores, estos es, sobre principios morales¹⁸¹ Valores entre los que destaca la libertad, la igualdad¹⁸² la justicia, el pluralismo¹⁸³ pudiéndose afirmar que «*el respeto al individuo y a sus derechos*

dernas en un decrecimiento de la solidaridad (ibíd. pp. 35 y 119) y en una justificación del hedonismo (ibíd. p. 35), del egoísmo (ibíd. p. 40) de la mentalidad utilitarista y una sustitución de la búsqueda de valores trascendentes por la búsqueda de la propia felicidad (ibíd. p. 44). Y hasta tal punto son importantes los deberes que ROBLES llega a decir que constituyen los elementos morales básicos de toda sociedad y expresan los valores con predominante implantación social siendo los derechos mera consecuencia de ellos (ibíd. pp. 69-70, 79, *et passim*) si bien conviene alcanzar un equilibrio entre deberes y derechos sin verse desbordado por ninguno de ellos (ibíd. pp. 78-79, 125, 177 *et passim*). Toda sociedad necesita (para existir) creer y defender ciertos valores que no son sino creencias que si dejan de existir conllevan la disolución de la sociedad de modo que dado que convivir significa compartir, dicho reparto de cargas y bienes requiere un acuerdo generalizado sobre los valores que sustentan al grupo (ibíd. p. 68). Es preciso un retorno a la ética en serio; no a una ética meramente procedimentalista. Una ética que supere el relativismo moral, logre un consenso mínimo sobre valores básicos necesarios para una convivencia realmente humana y que sustituya el principio de la felicidad por el principio de la responsabilidad y la recuperación del sentido del deber (ibíd. pp. 184-185) y configure, siguiendo a Kant, como deberes fundamentales la perfección propia y la felicidad ajena (ibíd. p.187).

180En todo caso, dado que la Constitución refleja el consenso político real fruto del dialogo real y, por tanto, sujeto a imperfecciones que lo alejan del consenso ideal cabe afirmar que el consenso político, aunque es el único fundamento político del núcleo axiológico indiscutible no deja de constituir únicamente un fundamento relativo de los derechos humanos (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 173-174). El fundamento absoluto de los derechos humanos, dirá más adelante, se encuentra en constituir los derechos un canal institucional que permita la realización de los deberes; en la conexión de los derechos con la idea de autorrealización personal mediante el cumplimiento del deber (ibíd. pp. 186 y 189) de modo que los derechos han de constituir canales de la autorrealización personal en el marco de libertad que haga posible el cumplimiento de los deberes (ibíd. p. 189).

181ROBLES MORCHON, G *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 129.

182Entre los valores que resalta el Prof. ROBLES en su obra *La justicia en los juegos* destacan la libertad y la igualdad. Así señalará, en cuanto a la libertad, no solo que «*un orden social justo requiere el respeto a la libertad*» (*La justicia...*, ob. cit. p. 29) o que «*todo intervencionismo que deteriore gravemente la libertad transforma el sistema político en una tiranía*» (*Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 154) sino que debe haber, como en el juego, una aceptación libre de las reglas (y una lealtad a las mismas) si bien tanto en el juego como en el derecho el consentimiento es implícito y se presupone de modo que no es preciso expresarlo en palabras sino que basta sencillamente con no expresar lo contrario, es decir, con no expresar o que no se quiere jugar a un juego determinado, o que no se quiere seguir obedeciendo las leyes de un Estado concreto de modo que un individuo al que le desagrade profundamente un orden jurídico ha de tener la oportunidad de irse a vivir a otro país y si no lo hace es evidente que sus hechos demuestran que, por la razón que sea, prefiere seguir viviendo en ese país y acepta libremente sus reglas (*La justicia...*, ob. cit. pp. 29 y 30). Sobre el surgimiento de las diversas modalidades de libertad cfr. ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 139-140 y sobre la insuficiencia, aunque necesidad de las libertades formales cfr. ob. cit. pp. 148-154. Y en cuanto a la igualdad señalará como desde el punto de vista de la justicia extrasistémica un ordenamiento será tanto más justo cuanto más haga para que las posiciones sociales y económicas de los individuos no interfieran (ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 40) señalando que en «*el Estado social de derecho no se eliminan las desigualdades materiales menores, aunque sí las mayores. La igualdad absoluta en todos los aspectos de la vida de las personas es imposible*» (ibíd. p. 47). Véase más ampliamente ALBERT MÁRQUEZ, J.J.: «Fundamentos de la Teoría de la ley y de la justicia en el iusnaturalismo clásico y en la Teoría Comunicacional del Derecho» en la obra *Ordenamiento...*, ob. cit. [pp. 175-197] especialmente pp. 189-192.

183ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 155 y ss. «*No hay peor tiranía*

básicos es el requisito mínimo de toda convivencia racional» de modo que «todo intervencionismo que deteriore gravemente la libertad transforma el sistema político en una tiranía»¹⁸⁴. Los derechos fundamentales «constituyen así una conquista civilizatoria irreversible y de gran contenido ético» y «forman parte de la bandera de la convivencia en orden y libertad»¹⁸⁵.

Pero dicho proceso de decisión presistémica y preordinamental constituyente que culminará con la redacción del texto constitucional (texto que supone un consenso político real fruto del dialogo real y que es el único fundamento político del núcleo axiológico indiscutible)¹⁸⁶ también debería ser un debate, aunque esta dimensión se haya olvidado en Occidente desde hace más de dos siglos, no solo sobre valores-derechos humanos sino también sobre valores-deberes humanos. Ha señalado, con razón, ROBLES que «orto de la decisión es la implantación de valores»¹⁸⁷ pero esos valores (fines) se condensarán y cristalizarán no sólo en valores derechos, sino también en valores deberes que tienen la misma importancia, si no más, que los anteriores. Y en el caso de la civilización occidental, cuya superioridad sobre las demás a juicio de ROBLES es innegable, dichos valores se encuentran fuertemente penetrados e influidos por los valores básicos de la civilización cristiana que en su forma católica supone un triunfo de la razón ética y predominio del deber¹⁸⁸.

-afirmará ROBLES- *que la de la mayoría cuando no respeta a las minorías, esto es, cuando no respeta el pluralismo»* (ibíd. p. 156).

184 ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 154. En el volumen tercero de su obra *Teoría del Derecho* el prof ROBLES tratará, al abordar la cuestión de la justicia ambiental, los valores ambientales de la libertad (ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, T. III. ob. cit. pp. 1878-884), la igualdad (ibíd. pp. 885-893), la imparcialidad y equidad (ibíd. pp. 894-901), el orden, seguridad y paz (ibíd. pp. 901-905), la solidaridad (ibíd. pp. 906-911) y la utilidad (ibíd. pp. 912-918) llegando a concluir que «*la justicia ambiental tomado cuerpo institucional en el llamado Estado de Derecho*», Estado que resume las cualidades esenciales de la justicia del mundo contemporáneo (ibíd. pp. 919).

185Ibíd. pp., 178.

186Ibíd. pp. 172-173.

187ROBLES, G.: «Problemas abiertos en la filosofía del derecho» en *Doxa*. N. 01 (1984) p.204.

188A pesar de la tónica afirmación sobre una supuesta crisis de valores en la sociedad contemporánea es innegable la superioridad de la civilización occidental sobre las restantes (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 81-82). Dicha civilización occidental no puede identificarse con el capitalismo -porque junto a él Occidente ha conocido el esclavismo y el feudalismo- sino con la civilización cristiana cuyos valores básicos ha incorporado aquella a su esencia (ibíd. pp. 83-84) y si bien actualmente la cultura occidental es una cultura laica y secularizada está penetrada en sus valores de cristianismo (ibíd. p. 86). Occidente se ha nutrido principalmente de «*la savia proporcionada por la religión cristiana*» y también, si bien con un carácter más secundario, de la filosofía griega y el derecho romano (ibíd. p. 86). Por ello, si actualmente la civilización occidental vive una crisis de valores es porque en el fondo vive una crisis de los valores que el cristianismo representa (ibíd. p. 84) y principalmente una crisis de todos aquellos valores que supongan un límite al valor del libre desarrollo de la personalidad individual, la autorrealización personal y el éxito social, que depende -a su vez- de la posesión de bienes materiales y de poder, que se han convertido es la máxima aspiración de la vida (ibíd. pp. 86-87 y 91) Y si bien la causa ideológica de dicha crisis es el relativismo moral (donde no existe instancia superior a la conciencia individual y cada uno decide lo que es bueno y lo que es malo) y la concepción utilitaria de la felicidad, la causa psicológica es la pérdida del sentido del deber y el consiguiente fortalecimiento del sentido de los derechos (ibíd. p. 88-89). Tras analizar la pugna entre razón ética vs razón técnica – ibíd. pp. 95 y ss.- acaba concluyendo que «*frente a la pasión por el método hemos de cultivar la pasión por la verdad. La crisis de la sociedad contemporánea tiene su raíz en la idolatración de la razón técnica y en su consiguiente olvido de la razón ética. Es preciso que esta recupere su papel. La ética ha de someter a la técnica*» (ibíd. p. 132) de modo que, aunque hay que apoyarse en el conocimiento de la ciencia «*el sentido lo ha de dar la ética y la religión*» (ibíd. p. 133). Es más, el predominio de la razón ética, esto es del predominio del deber alcanza su objetivación social con la idea cristiana de sumisión a la voluntad de Dios (frente a Dios el creyente no tiene derechos sino deberes) y al orden implantado por este e interpretado institucionalmente por la Iglesia (ibíd. p. 103). Es preciso un retorno a la ética en serio; no a una ética meramente procedimentalista. Una ética que supere el relativismo moral, logre un consenso mínimo sobre valores básicos necesarios para una convivencia real-

Por eso, propone ROBLES MORCHON un nuevo consenso racional, a través del cual se pretenda introducir más la razón ética en el orden político, superando con ello la unilateralidad del utilitarismo egocéntrico y ello pasa por la rehabilitación de los deberes en el consenso político y, por tanto, también en el pacto constitucional (y si éste se ha producido, en su profundización)¹⁸⁹.

B) La Justicia intrasistémica

Una vez generada la constitución, como resultado de la decisión constituyente, cada ordenamiento produce un torrente de decisiones intrasistémicas (legislativas, judiciales, administrativas, etc.)¹⁹⁰. Y así las decisiones, sobre todo legislativas y judiciales, que se produzcan al amparo de dicha constitución irán concretando los principios de justicia de esta para ir acercándolos a la realidad de la vida y a los casos. Y cada una de esas decisiones intrasistémicas irán precedidas de una deliberación sobre el mejor modo de aplicar los contenidos de justicia de la constitución y, al mismo tiempo, añadirá a dichos contenidos elementos de su propia cosecha¹⁹¹. Los valores consensuados en la Constitución (que no es sino el consenso político real fruto del dialogo real y manifestado en una norma de la máxima jerarquía) han de estar permanentemente presentes en el dialogo intrasistémico porque este exige el respeto a la Constitución tanto en su aspecto competencial y procedimental como axiológico material¹⁹² puesto que el acervo de valores que la Constitución representa constituye el núcleo de elementos axiológicos «indudables» (al menos mientras no se proceda a la reforma constitucional)¹⁹³. Merece la pena detenerse en las dos decisiones intrasistémicas más importantes: la legislativa y la judicial:

Primero, en cuanto a la decisión legislativa, el legislador, al concretar en la ley la justicia encarnada en los preceptos constitucionales (y, por tanto, descender en el proceso de comunicación normativa, esto es, hacia la realidad de la vida), interpreta la Constitución y dota de concreción a sus preceptos¹⁹⁴. «La justicia de la ley», por tanto, habrá de pensarse en su conexión con la justicia en la Constitución. El legislador no tiene las manos totalmente libres, ya que está vinculado por la Constitución. Pero, como esta suele ser ambigua o indeterminada, deja un amplio margen al legislador para concretar los valores constitucionales. En todo caso, para adoptar su decisión creativa de la ley, el legislador precisa justificar el contenido concreto de ésta. El razonamiento jurídico se concreta aquí en el razonamiento legislativo, que se ejerce para convencer al «auditorio», que puede ser toda la población o un sector de la

mente humana, que sustituya el principio de la felicidad por el principio de la responsabilidad y la recuperación del sentido del deber (ibíd. pp. 184-185) y configure, siguiendo a Kant, como deberes fundamentales la perfección propia y la felicidad ajena (ibíd. p. 187).

189 ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p.176. Y continúa señalando: «Ideas cargadas de gran contenido axiológico, como veneración a los mayores —la vieja idea de amor a la patria y a la tradición—, responsabilidad respecto a nuestros sucesores, esto es, respeto a las generaciones futuras, respeto a nosotros mismos y a nuestras instituciones, respeto a todo proceso de vida, lo que implica a su vez respeto a la naturaleza que somos y en la que estamos, amor hacia la humanidad, o lo que es lo mismo, subordinación del propio interés al altruismo. etc., ideas todas ellas que, implantadas con equilibrio en nuestra sociedad, producirían grandes frutos de convivencia, han de ser objeto de elaboración teórica en nuestros días».

190 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. pp. 15 y 62.

191 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 15.

192 ROBLES MORCHON, G. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 170- 172.

193 ROBLES MORCHON, G. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. pp. 172 y 173. Aunque el dialogo intrasistémico afecta principalmente a la ley y a la jurisprudencia también puede afectar excepcionalmente al mismo texto constitucional que puede verse modificada merced al procedimiento de reforma que ella misma establece (ibíd. p. 175).

194 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 15.

misma, de la justicia y conveniencia social de los contenidos materiales aprobados en la ley¹⁹⁵.

Segundo, en cuanto a la decisión judicial, el juez aplicará las normas al caso concreto no sólo en sus aspectos formales sino también en sus aspectos materiales porque es deber del juez hacer justicia en el caso que se le plantea. Pero esa justicia no es la suya propia, como persona particular, sino que debe llevar a lo concreto la justicia del ordenamiento teniendo en cuenta que dicho ordenamiento le permite un cierto margen para que ejerza su libre apreciación de hechos y normas por lo que la teoría de la decisión judicial no puede reducirse tampoco al análisis de los elementos formales, sino que tiene que abordar el problema de la justicia judicial¹⁹⁶. En todo caso, y al igual que el legislador, para adoptar su decisión judicial, el juez precisa justificar el contenido concreto de ésta. El razonamiento jurídico se concreta aquí en el razonamiento judicial que se hará patente en la motivación de la sentencia¹⁹⁷.

Finalmente, si el razonamiento del poder constituyente es *de lege ferenda* (y en su caso el del legislador, cuando el constituyente no ha dado solución o se ha pronunciado ambiguamente, por lo que se precisa la concreción) una vez que ha sido determinado el contenido de un concepto o de un principio, las decisiones inferiores en jerarquía no pueden sino acatarlos y aplicarlos a la realidad de los casos concretos¹⁹⁸. Estamos, entonces, en el plano que exige el respeto a lo ya establecido. Este plano es también, en principio, el propio de la dogmática, la cual, por su propia naturaleza, no puede cambiar el texto jurídico del ordenamiento, aunque sí completarlo e incluso criticarlo. Así, desde la dogmática es perfectamente legítimo criticar la posición del derecho positivo español en cualquier materia, con la única condición de que se distinga claramente lo que pertenece a la crítica y lo que pertenece a la exégesis de los textos jurídicos dotados de autoridad¹⁹⁹. La perspectiva dogmática es diferente a la propia de las decisiones jurídicas. Mientras que éstas generan el texto ordinamental, la dogmática da lugar al texto sistémico viéndose obligada, para ello, a presentar de la manera más coherente posible las valoraciones introducidas por las decisiones. Esta tarea de armonización axiológica no es fácil, ya que se enfrenta muchas veces a la diversidad de enfoques valorativos que encarna la multiplicidad de decisiones. Desde el momento en que la dogmática se hace cargo de la investigación de los valores del sistema (de la «*moral del derecho*»), al jurista se le ofrece la oportunidad de que emita juicios valorativos sobre el ordenamiento vigente y, en concreto, sobre cada institución o cada norma. Valorará, en primer lugar, si efectivamente el ordenamiento positivo lleva a la práctica de la vida sus formulaciones axiológicas explícitas; así, p.ej., si se cumplen los principios políticos proclamados en la constitución, o si los derechos

195Ibíd. p. 63.

196Ibíd. p. 16.

197La decisión judicial debe reunir, atendiendo a sus caracteres textuales, tres requisitos: inteligibilidad, orden expositivo y pretensión de justicia sistémica. En cuanto a esto último hay que diferenciar entre la justicia del ordenamiento (reflejada explícitamente en el sistema -justicia sistémica-), y la idea de justicia que mantiene una persona con independencia del ordenamiento o sistema existente -justicia abstracta o platónica- la cual es resultado de un ejercicio del pensamiento especulativo sobre los ideales que deberían hacerse realidad en todo tipo de sociedades o, al menos, en algún tipo de sociedad (p.ej., la sociedad occidental). Lo que suele caracterizar a las sentencias es su intento por alcanzar la justicia sistémica. Rara vez ocurre que el juez se salte a la torera los valores y principios básicos del sistema jurídico al que sirve, para imponer en sus decisiones su propio criterio sobre la justicia (en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, T. II. ob. cit. pp. 354-355).

198Una vez que el poder constituyente determina en la constitución material los principios materiales de justicia a los que han de ser fieles las decisiones de todos los órganos del ordenamiento, y, por tanto, el resto de las normas jurídicas inferiores a la constitución las decisiones intrasistémicas e intraordinamentales deben perseguir una “*justicia intrasistémica*”, de carácter más procedimental y formal.

199ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 79.

fundamentales en ella recogidos son algo más que mera retórica. Y, en segundo lugar, podrá ejercer una función crítica «externa» al propio ordenamiento, señalando sus puntos débiles o las injusticias que permite²⁰⁰.

1.3.2 El sistema hermenéutico-analítico

Como hemos señalado a la Dogmática jurídica le corresponde, como su tarea última y constante, la construcción del sistema jurídico. Esta construcción no es otra cosa, en el fondo, que un comentario de textos ordinamentales, comentario al que se exigen determinados requisitos. El sistema es la meta de la Dogmática, pero se trata de un sistema hermenéuticamente construido, y no, como hemos visto a lo largo de las páginas precedentes que ha sucedido en materia de nulidades, de un sistema axiomático. Para la construcción de dicho texto sistémico la TCD se propone aplicar el método hermenéutico-analítico mediante las siguientes operaciones: primero, la interpretación del texto ordinamental; segundo, la construcción del sistema; tercero, el análisis de la historia de las instituciones que permita explicitar los prejuicios que tiene el jurista, fruto de la tradición científica, al enfrentarse al texto ordinamental; cuarto, la creación de normas jurídicas no explicitadas en el ordenamiento; quinto, el tratamiento analítico de los conceptos jurídico-dogmáticos, de los intereses protegidos y los valores que el ordenamiento jurídico encarna, y, sexto y último, (aunque sin que ello sea esencial) mediante la crítica de la legislación o jurisprudencia²⁰¹.

En esta obra, por razones didácticas, alteraremos el orden del método hermenéutico analítico comenzando por el análisis de la distinción entre bienes muebles e inmuebles y de la historia de la invalidez que permita explicitar los prejuicios que tiene el jurista, fruto de la tradición científica, al enfrentarse al texto ordinamental. A continuación, mediante la interpretación del texto ordinamental (señaladamente del Código civil y de las decisiones de los Tribunales, decisiones que recordemos que para la TCD son texto ordinamental) intentaremos exponer el sistema de invalidez vigente en nuestro derecho (el sistema expositivo didáctico y el sistema normativo) explicitando aquellas normas implícitas en el texto ordinamental. Durante todas esas operaciones trataremos de realizar un tratamiento analítico de los conceptos jurídico-dogmáticos que existen en sede de invalidez, de los intereses protegidos y los valores que el texto ordinamental y realizaremos, cuando sea oportuno, una crítica de la legislación y jurisprudencia.

Para la resolución del problema de la invalidez y de la teoría bipartita de las nulidades recurriremos a la sistemática que nos proporciona la TCD con su tripartición en teoría formal del derecho (sintaxis jurídica), teoría de la dogmática jurídica (semántica jurídica) y teoría de las decisiones jurídicas (pragmática jurídica). Al plano de la

200Ibíd. pp. 66-67.

201Ibíd. pp. 401-402. Hasta tal punto es esencial el método hermenéutico-analítico para la TCD que, según donde sitúe la denominación de la teoría el acento, la TCD puede asimismo designarse indistintamente como «Análisis del lenguaje de los juristas» como «Teoría de los textos jurídicos» o como «Teoría hermenéutico-analítica del Derecho» (Teoría. Vol. II p. 389). Un análisis del método hermenéutico-analítico que propone la TCD puede verse en LA PORTA, A.M^a.: *La comunicación como método jurídico. Hermenéutica y Analítica en la Teoría comunicacional del Derecho*. Tesis Doctoral. Univ. de Córdoba, 2019; ORTIZ BOLAÑOS, L.: «El significado de la hermenéutica en la teoría comunicacional del derecho. Una reflexión sobre el círculo hermenéutico» en *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit, pp. 529-541; RODRÍGUEZ PUERTO, M.J. «Hermenéutica, comunicación y concreción en el derecho» en *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 555- 567; STERLING CASAS, J.P. «Teoría comunicacional del derecho y hermenéutica: Gregorio Robles y su visión barthesiana del texto» en *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 637-657. Y, una exposición crítica a dicho método puede verse en SANTOS ARNAIZ, J.A.: «Sobre el método hermenéutico-analítico...», ob. cit. pp. 165-173 donde se destaca la cercanía e influencia de Dilthey en dicho método.

sintaxis lo que le interesa no es cuál debería ser el valor-concepto de nulidades, ni tampoco el significado concreto que un ordenamiento jurídico adscribe a dicho valor-concepto, sino tan sólo qué se entiende por nulidades en sí mismo en cuanto concepto meramente formal aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles. ¿Es imprescindible conceptualmente que el sistema de nulidades sea bipartito y que responda a un sistema axiomático-deductivo o han existido históricamente otros sistemas de nulidades? Para resolver esta cuestión es obvio que será imprescindible el estudio de la historia de las nulidades y, a ello, dedicaremos el próximo capítulo. Al plano de la semántica lo que le interesa es la concreción que un ordenamiento determinado otorga al valor-concepto de invalidez y nulidad (concepto dogmático o jurídico-positivo); lo que le interesa, por tanto, es qué formas de invalidez reconoce el derecho español vigente. La tarea de la dogmática por muy creativa que sea no puede sustituir a las decisiones fundamentales contenidas en la Constitución, sino que debe interpretar, conceptualizar y sistematizar los textos ordinamentales para presentarlos en sistema, pero teniendo siempre en cuenta lo establecido por las autoridades jurídicas y, ante todo, por el poder constituyente y el legislativo. Al estudio de lo que el texto ordinamental español (leyes, jurisprudencia etc.) reconoce como formas de invalidez dedicaremos los capítulos dedicados al derecho español vigente tanto en el ámbito del derecho de consumo como en el ámbito del Código Civil. Al plano de la pragmática lo que interesa es el aspecto axiológico; cuál debería ser el valor-concepto de nulidad y, en definitiva, lo que se pregunta es si es más justo el sistema bipartito o deben admitirse formas atípicas de invalidez. A dicha cuestión trataremos de dar solución a lo largo de todo este trabajo con especial análisis de los casos resueltos por nuestra jurisprudencia que es la que, para tratar de ajustar el texto ordinamental legal al caso concreto, en definitiva, para tratar de ser justa, ha ido creando una escala de grises, mediante las formas atípicas de invalidez, entre la nulidad radical absoluta de pleno derecho y la anulabilidad.

Comenzamos pues con el análisis de la distinción entre bienes muebles e inmuebles y con historia de la invalidez que permitirá explicitar los prejuicios con los que solemos abordar los juristas la invalidez negocial. A ello dedicaremos las próximas páginas.

1.4 La distinción entre inmuebles y muebles

*«Cada pueblo, señalaba ARIAS RAMOS, en cada época refleja, en una antítesis fundamental dos categorías de bienes a los que las respectivas condiciones sociales y económicas otorgan un rango de valoración distinto, que se refleja en su regulación jurídica, y sujeta unos a la absorbente influencia de principios sociales y deja los otros a las libres determinaciones individuales»²⁰². En derecho romano antiguo y clásico dicha antítesis fundamental la ostenta la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* con la trascendental consecuencia de que la transmisión de las primeras exigía la *mancipatio* o *in iure cessio* mientras que las de las segundas podían realizarse mediante la simple *traditio*, siendo según ARIAS RAMOS, con cita de Bonfante, casi nulo el relieve jurídico de la distinción entre bienes muebles e inmuebles en derecho romano arcaico y clásico²⁰³. Por ello, como indica JERÓNIMO GONZÁLEZ, «aunque*

202ARIAS RAMOS, J.: «La doctrina de la “conventio” y el origen de la hipoteca romana», en *RDP*, 1943, año 27, nº 313, p. 216. Sigue señalando dicho autor que: «tal significación central y primordial tiene la clasificación de “bienes visibles e invisibles” en el antiguo pueblo ateniense; la casa, campo y huerto, en oposición a los otros bienes, en el Código de Hammurabi; los bienes reales y personales en el Derecho anglosajón; los bienes muebles e inmuebles en la fase heleno oriental del Derecho romano, cuya última clasificación dio nombre a la similar distinción del Derecho germánico y pasó después a los derechos modernos de la Europa continental».

203ARIAS RAMOS, J.: «La doctrina...» ob. cit. p. 216. Las *res Mancipi* estaban integradas por los fundos

el Derecho romano no fue indiferente a esta fundamental distinción, que se pone de relieve en los interdictos, en la prescripción, en el régimen dotal y en la tradición, puede afirmarse que, en general, los muebles y los inmuebles son tratados de la misma manera en el Corpus juris»²⁰⁴.

La distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, que estuvo en vigor en toda la época clásica, subsistió en la postclásica, hasta que fue completamente abolida en la época justiniana²⁰⁵ en la que la distinción bienes inmuebles y muebles asumió un valor general y sustituyó, en cierto modo, a la más antigua de *res Mancipi* y *nec Mancipi*²⁰⁶.

En la Edad media se establecieron diferencias profundas entre el régimen jurídico de los muebles y de los inmuebles. La mayor importancia que en el medievo se otorga a la propiedad inmobiliaria no reside en el valor económico, que en los pueblos primitivos se concentra principalmente en los muebles (esclavos, joyas, caballos, rebaños, armas), sino en la transcendencia que tenía la tierra en el plano socio-económico y jurídico por cuanto la jerarquía de las personas en la sociedad feudal se vincula a ella, que es, además, la única fuente de renta. «*La existencia de las familias, dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, la prosperidad de los pueblos, la nobleza de los linajes, la pujanza de los reyes va unidas a la inagotable fecundidad de la madre tierra, que no se agota por el consumo, como los muebles, y sobre la cual arraiga la organización feudal*»²⁰⁷. En todo caso, concluye este autor: «*frente al pensamiento romano que consagra la propiedad privada de la tierra y la sujeta como si fuese un objeto mueble al arbitrio de su dueño, se abre paso el ideal germánico que la encadena al servicio de todos. El romano decía: «Yo soy el señor, la naturaleza, la esclava. Cuanto existe en el mundo, tiene el único fin de servirme»». El germano decía: «La naturaleza es mi nodriza, cuyas órdenes debo atender... La tierra es el patrimonio de la Humanidad, los particulares son sus administradores responsables*»²⁰⁸.

Así, el Derecho germánico diferenció siempre nítidamente los bienes muebles de los inmuebles, distinción a la que concedió enorme importancia considerando que éstos, «*por su intrínseca naturaleza, por su mayor importancia para la economía de la Comunidad, por su transcendencia incluso para la soberanía del Estado y por sus caracteres de inamovilidad y fijeza, requieren un Estatuto jurídico distinto de los muebles, con principios, si no radicalmente distintos, sí diferentes, y, sobre todo, con*

in solo italico, los esclavos, los animales de tiro y carga y las servidumbres de acueducto y de paso. Las demás eran *nec Mancipi*. Dicha distinción estaba fundada en la importancia económico-social de los bienes y, especialmente, en la idea de que las *res Mancipi* coinciden con los bienes de capital, que en una economía agraria son medios de producción (tierra, esclavos y animales), (DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 207).

204 GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, *TI*, ob. cit. [ed. 2009], p. 44. En el mismo sentido, GARCÍA ATANCE, M.: «Cosas. Bienes. Clasificación de las cosas en corporales e incorpóreas. Bienes muebles e inmuebles», en *ADA*, *II*, 1945 (pp. 49-62) p. 55. Así, como indica IGLESIAS, en las épocas antigua y clásica las XII Tablas diferencian los *fundi* de las *ceterae res* en orden a la usucapión, y en época antejustiniana, la posesión de cosas inmuebles es defendida por el *interdictum uti possidetis*, mientras que a los muebles se aplica el *interdictum utrobi*. Además, el hurto se limita a la sustracción de bienes muebles; la apropiación ilícita de inmuebles es sancionada con otras normas (IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho romano*. (18ª ed. 2010) p. 157.

205 MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDÍCANA, J.: *Derecho privado romano*. Ed. Marcial Pons. Madrid 1992, p. 85.

206 DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos... III*. [5ª ed] ob. cit. p. 207; FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho Privado Romano*. Ed. Iustel. 7ª ed. Madrid 2014, p. 323; DEL VALLE FUENTES, E.: «En torno al concepto del derecho inmobiliario» en *RCDI* diciembre 1943 nº 187 año XIX, p. 809.

207 GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. pp. 44 y 45.

208 *Ibid.* p. 45.

*una orientación netamente formalista, plasmada principalmente en el Registro»*²⁰⁹. Y, así, a medida que transcurre la Edad Media y el feudalismo arraiga en toda Europa con la consiguiente vinculación de la soberanía a la tierra, fue aumentando la importancia de tal distinción que triunfó en nuestra patria²¹⁰ a pesar del incipiente desarrollo de la riqueza mobiliaria²¹¹.

Por otro lado, señala JERÓNIMO GONZÁLEZ que la distinción de las cosas en muebles e inmuebles, que en derecho romano justiniano se refería sólo a las corpóreas, se extiende en el Medievo a las incorpóreas, derechos y acciones, y a veces, para evitar o provocar la diferencia de trato, se inmueblizan los muebles o se movilizan los inmuebles²¹².

En España, como dijimos, se impone la tendencia germánica que resalta la distinción entre muebles e inmuebles. Así, nuestras Partidas, señalaran que *«bienes son llamados aquellas cosas de que los omes se sirven e se ayudan. E estas son en dos maneras: las unas muebles: las otras rayzes»* (P. 2, 17 pr.) añadiendo que se entienden por cosas muebles *«aquellas que viven e se mueven por sí naturalmente. E otrosí por las otras que magüer no son vivas e se non pueden por sí mover, pero muevenlas. E las rayzes son las heredades, e las labores, que se no pueden mover en ninguna destas maneras que dichas avemos»* (P 2, 17, 1) distinción de régimen jurídico que se acrecienta a medida que se van creando las Contadurías de Hipotecas²¹³.

Ya en la época codificadora el *Code Napoléon* dividirá los bienes en muebles e inmuebles (art. 516: *«Todos los bienes son muebles o inmuebles»*) realizando una delimitación, enumeración y clasificación detallada de los inmuebles que podrán serlo *«por su naturaleza, por su destino o por el objeto a que estén destinados»* (artículos 517-526) y los muebles que podrán serlo *«por su naturaleza o porque así lo establece la ley»* (artículos 527 -536). La distinción contenida en el *Code* se recibió, sin crítica, por la mayoría de los autores españoles del XIX²¹⁴. Nuestro Código Civil recogerá en su artículo 333 la división contenida en el artículo 516 del *Code*, pero la referirá únicamente a las cosas susceptibles de apropiación. Y el artículo 334 CC contendrá una estructura distinta a la citada del *Code* si bien *«continúa en nuestra escuela la clasificación de los inmuebles, corriente en la técnica francesa, con algunas variantes en la fraseología»*²¹⁵.

1.4.1 Consecuencia de la distinción

209DEL VALLE FUENTES, E.: «En torno...» ob. cit. pp. 809-810.

210Ibíd. pp. 810-811.

211Señala JERONIMO GONZÁLEZ como: *«la introducción del Derecho romano y el desarrollo de la riqueza mueble en las ciudades, que liberaban al hombre del predominio del señor territorial, influyeron en la distinción, la hicieron palidecer, pero no borraron sus límites. Se continuó dividiendo el campo entero de los derechos patrimoniales entre los muebles y los inmuebles, admitiendo al lado de las res naturaliter immobiles vel mobiles, las civiliter immobiles vel mobiles que absorbían el grupo de cosas incorpóreas»* (GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. pp. 46-47).

212GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. p. 45.

213Así, señalará la Pragmática de Carlos III de 31-1-1768, al establecer el Oficio de hipotecas en las cabezas de partido de todo el Reino a cargo de los escribanos de los ayuntamientos, que *«se previene, que por bienes raíces, además de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden también los censos, oficios y otros derechos perpetuos que-puedan admitir gravamen o constituir hipotecas»* (Nov. Recopilación X, Tit. 16, Ley 3ª, 4).

214GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. p. 48.

215GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. p. 49. Añade este autor que el BGB por su parte no dividirá los bienes en inmuebles y muebles, sino que contrapone las fincas a los muebles, fijando solo lo que considera patrimonio inmueble al tratar de las aportaciones de los cónyuges en el régimen de comunidad de muebles y ganancias. (ob. cit. pp. 49-50).

La distinción entre bienes inmuebles y muebles tiene *lege lata* una enorme transcendencia con relación al régimen jurídico de unos y otros. Así, en atención a la especial naturaleza de unos y otros, dice DIEZ PICAZO, es diversa la posibilidad de reivindicación de cada tipo de bien y ello porque «*la natural movilidad y la facilidad de desaparición de los bienes muebles imponen una mayor diligencia posesoria, un menor control en el examen de los títulos y una especial protección del tráfico jurídico cuando estos bienes son adquiridos por terceros*»²¹⁶. Por ello, si en última síntesis el dominio consiste en la posibilidad de reivindicación y dicha posibilidad se encuentra muy limitada en los muebles en poder de terceros de buena fe (arts. 464 CC y 85 CCom) el «*dominio mobiliario es un derecho más limitado que el dominio inmobiliario, con unas mayores probabilidades de convertirse en un derecho al equivalente y, por tanto, en un derecho de crédito*»²¹⁷.

La distinción se muestra, también, en el régimen de transmisión de los bienes porque, aunque ambos se sujetan a la teoría del título y el modo, los bienes inmuebles tienen unas especiales exigencias de titulación puesto que deberán constar en documento público (art. 1280 CC) y podrán acceder al Registro de la Propiedad (art. 605 CC). Distinto es, asimismo, el régimen de usucapión de los muebles e inmuebles (arts. 1955 y 1959 CC y art. 35 y 36 LH) y de la prescripción extintiva de las acciones derivadas de tales derechos (arts. 1962 y 1963 CC).

También difiere el régimen jurídico de los derechos reales sobre cosas ajenas. Hasta épocas muy recientes la distinción entre muebles e inmuebles no ha sido determinante de la categoría de garantía real —prenda o hipoteca— aplicable al objeto garantizado²¹⁸. En derecho romano clásico, como señala ARIAS RAMOS, carecía de importancia que la hipoteca, que no fue una figura importada del derecho griego sino una institución de derecho romano que «*fluye naturalmente de las formas de garantía real que históricamente la preceden*»²¹⁹, o prenda recayese sobre un mueble o inmueble y, en cambio, era relevante que la garantía se constituyese sobre una *res Mancipi*, por los adecuados medios solemnes de la *mancipatio* o la *in iure cessio*—fiducia—o sobre *res nec Mancipi* por medios no solemnes—*pignus*²²⁰.

En todo caso, sea cual fuere el origen de la hipoteca lo cierto es que actualmente numerosos derechos reales limitados exigen como soporte material un bien inmueble (así p. ej. las servidumbres -art. 530 CC-, los censos -art. 1604 CC-, la enfiteusis -art. 1628 CC-, la superficie, la anticresis -art.1881 CC- y la hipoteca contenida en la LH, art. 1874.1 CC) aunque no es menos cierto que, en época reciente, dicho principio ha encontrado alguna excepción habiéndose admitido por ejemplo, con el fin de ampliar las bases del crédito, la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión. (Ley de 16-12-1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión).

216DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 203.

217Ibíd. pp. 203-204.

218Así, señala VALLET DE GOYTISOLO que: «*Pese a su vieja solera, sólo en tiempos notablemente modernos la distinción de muebles e inmuebles, precisamente en el umbral de su decrepitud, ha llegado a ser decisiva para determinar la categoría de garantía real —prenda o hipoteca— aplicable al objeto garantizado*» y, así, «*ni la naturaleza del bien afectado por la garantía real ni la posesión por el acreedor fueron características esenciales del pignus*» (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre garantías...*, ob. cit. pp. 232-233).

219ARIAS RAMOS, J.: «La doctrina...» ob. cit. pp. 214- 215.

220ARIAS RAMOS, J.: «La doctrina...» ob. cit. p. 216.

Por último, y sin perjuicio de otras consecuencias del régimen jurídico de los bienes muebles e inmuebles que exceden el objeto de este trabajo²²¹, destacan las diferentes normas que, en numerosas ocasiones, rigen la capacidad y el poder de disposición de la persona, de manera que el texto ordinal es más exigente para enajenar los inmuebles que los muebles (cfr., p.ej., arts. 166, 248, 287,2, 1389.2, todos ellos del CC) con lo cual se puede llegar a la incomprensible resultado que se extremen los requisitos para vender una ínfima porción de terreno que para disponer de importantes sumas de dinero. Como señala VALLET DE GOYTISOLO, a la vista de la crisis de la distinción a la que aludiremos: «ya no están justificadas las diferentes medidas de protección exigidas en la enajenación de inmuebles con respecto a ciertos bienes muebles, pertenecientes a los débiles jurídicos»²²². Sobre este tema volveremos más adelante.

1.4.2 Quiebra de la distinción

A) Quiebra de la distinción en cuanto a la naturaleza: la inmovilización de los muebles y la movilización de los inmuebles.

Al substituirse la clasificación de *res mancipi* y *nec mancipi* por la distinción bienes muebles e inmuebles el punto crucial de la distinción se traslada a un criterio abstracto que parece ser el de su movilidad o inmovilidad (arg. art. 335 CC)²²³. Sin embargo, esta distinción en razón de la naturaleza intrínseca del bien ha quebrado por la inmovilización de los muebles y la movilización de los inmuebles.

Ya vimos que en el desarrollo histórico de esta distinción se «inmueblizan los muebles o viceversa, se movilizan las fincas»²²⁴. En la actualidad la pura idea de la movilidad o inmovilidad, señala DIEZ PICAZO, es insuficiente. Así, la derogada Ley de 21 de agosto de 1893 consideró, en orden a la hipoteca, al buque como un inmueble. Aunque dicha norma ya no está vigente²²⁵ demuestra que la condición de mueble o inmueble no está necesariamente vinculada a la naturaleza móvil o inmóvil de la cosa. Por otro lado, nuestro Código civil considera inmuebles bienes perfectamente movibles («inmueblización» de muebles que diría GONZALEZ MARTINEZ²²⁶) sólo en atención a su destino económico, al propósito de mantenerlos unidos a la finca, y formando parte de ella de un modo permanente (p.ej., estatuas, relieves, pinturas, máquinas y utensilios, viveros de animales y palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, abonos destinados al cultivo, escoriales, etc.) (art. 334 CC).

Incluso en relación con los edificios y de construcciones existe, dice DIEZ PICAZO, una movilización de los inmuebles que se constata no sólo en la posibilidad que ofrece la técnica actual de trasladar inmuebles de un sitio a otro²²⁷, sino incluso con relación al suelo ante la constatación de que, en el proceso urbanizador, las excavadoras y las

221 Así, p.ej., la naturaleza mueble o inmueble del bien también determina las solemnidades de los contratos referentes a los mismos (p. ej. arts. 633, 1667 CC, etc.), la resolubilidad de pleno derecho o no, por falta de pago en la compraventa de unos u otros (p. ej. arts. 1.504 y 1.505 CC), etc.

222 VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre garantías...*, ob. cit. p. 231.

223 DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 207.

224 GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. p. 45.

225 La ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima considera que el carácter registrable hace jurídicamente posible su hipoteca, sin menoscabo de su calificación de cosa mueble.

226 GONZALEZ MARTINEZ, J.: *Estudios...*, ob. cit. p. 48.

227 Como ejemplifica DIEZ PICAZO: «En nuestra época hemos visto que los castillos escoceses se trasladaban al Oeste americano, que los faraónicos templos egipcios han cambiado su lugar de emplazamiento sin mengua ni menoscabo y que lo mismo se ha hecho en ocasiones, piedra a piedra, con alguna antigua iglesia románica» (DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 208).

hormigoneras convierten al final el terreno en algo que en nada se parece a como era al principio.

Por todo ello, cabe concluir la quiebra de la distinción entre muebles e inmuebles según el criterio de la naturaleza intrínseca del bien porque no parece existir un carácter indeleble unívocamente plasmado en las cosas. Nuestro legislador no ha sido ajeno a esta idea y así, en el ya citado art. 333, el CC no dice que las cosas sean muebles o inmuebles, como si ésta fuera una cualidad natural insita en ellas, sino que «*se consideran*», jurídicamente, como tales.

B) Quiebra de la distinción en cuanto al valor e importancia de los bienes. La crisis del brocardo medieval «*res mobilis res vilis*».

En el fondo de la distinción entre muebles e inmuebles late, dice DIEZ PICAZO, la idea de que hay unos bienes que constituyen la base más sólida de la fortuna personal y son de mayor aprecio para las personas²²⁸. Así lo expresa un antiguo adagio jurídico: «*res mobilis, res vilis*». Sin embargo, desde finales del S XVIII y, en todo caso, con la llegada de la sociedad industrial quebraron las razones económicas de dicha distinción porque adquirieron gran valor numerosos bienes muebles²²⁹. Baste considerar, ejemplificaba DIEZ PICAZO, la diferencia abismal que puede existir entre el patrimonio de un campesino pobre formado por algunas tierras de producción escasa y el patrimonio de un burgués formado por acciones que implican el control de una sociedad anónima²³⁰.

Por ello, concluye VALLET DE GOYTISOLO, actualmente ha perdido fuerza la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles al surgir nuevos bienes (los títulos valores, los automóviles, aeronaves, la propiedad industrial o intelectual etc.) que han alcanzado un valor e importancia jamás sospechados, por lo que el viejo brocardo «*res mobilis, res vilis*» ha quedado desmentido. Así, sigue señalando este autor: «*Ya no están justificadas las diferentes medidas de protección exigidas en la enajenación de inmuebles con respecto a ciertos bienes muebles*» y aunque dicha distinción y dichos moldes ya superados «*merecen todo el respeto a que son acreedores por la utilidad que han prestado al Derecho durante muchos siglos*», sin embargo, «*ya no bastan para satisfacer las necesidades de la vida jurídica contemporánea*»²³¹.

En resumen, la distinción entre bienes muebles e inmuebles con el desprecio, como viles, a los primeros y la concesión de un estatuto privilegiado a estos últimos carece ya, *lege ferenda*, de justificación²³². Pero *lege lata* su transcendencia es innegable.

C) Conclusión: crítica de *lege ferenda* de la diferente capacidad para disponer de los bienes muebles e inmuebles.

Como hemos indicado la distinción entre muebles e inmuebles tiene *lege lata* entre otras relevantes consecuencias las diferentes normas que rigen la capacidad y el poder

228Ibíd. p. 206.

229DE PABLO CONTRERAS, P.V.: «Bienes muebles e inmuebles en derecho navarro», en *Revista Jurídica de Navarra* N° 15, enero - junio de 1993, p. 66.

230DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 209.

231VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre garantías...*, ob. cit. p. 231.

232Insiste en la decadencia del principio «*res mobilis res vilis est*», entre otros, LORENTE SANZ, J.: «Observaciones sobre el principio de disposición de los bienes comunes», *ADA* 1949/50, p. 433 y ss.; RODRIGUEZ HERRERO, A.: *La Hipoteca de Bienes muebles registrables*, Ed. CORPME. Madrid, 1997, p. 31.

de disposición de la persona, de manera que el texto ordinamental es más exigente para enajenar los inmuebles que los muebles (cfr., p.ej., arts. 166, 248, 287,2, 1389.2, todos ellos del CC.) con lo cual se llega al incomprensible resultado de que se extremen las exigencias para vender un ínfima porción de terreno y se minimizan los requisitos para disponer de una importante suma de dinero. En efecto, el Código civil exige autorización judicial para que los padres enajenen inmuebles de sus hijos *in potestate* o los curadores enajenen inmuebles de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo, pero sólo extiende dicho requisito a los muebles cuando se trate de «*objetos preciosos y valores mobiliarios*» (artículos 166 y 287.2 CC). O exige el complemento de capacidad de los padres o curador cuando el emancipado enajene inmuebles, pero solo extiende dicho requisito a los muebles cuando se trate de «*objetos de extraordinario valor*» (art. 247 CC y 248 CC). Es decir, en la absurda lógica del Código disponer de un pequeño predio rústico casi sin valor exige una rigidez de requisitos que, por contra, no se requiere para disponer de un bien mueble salvo que estos entren en la categoría de «*objetos preciosos*» (art. 166 y 287.2 CC) u «*objetos de extraordinario valor*» (art. 247 CC y 248 CC). Como vemos la lógica del Código chirría y sólo se comprende si se analiza desde el ya anacrónico principio de «*res vilis, res mobilis*»²³³, anacronismo que resalta aún más en épocas en que los inmuebles han sufrido en el periodo 2008-2013 una fortísima devaluación de su valor consecuencia de la crisis económica que asoló nuestra patria habiéndose llegado, quizá con exceso, a propugnar la inversión del brocardo antiguo «*res mobilis res vilis*» por un actualizado «*res immobilis, res vilis*»²³⁴.

Dicha diferencia de trato en materia de capacidad según se trate de bienes inmuebles o muebles ha recibido, en todo caso, una fuerte crítica de la doctrina civilista:

Así con relación a la exigencia de autorización judicial para que los padres puedan enajenar los inmuebles de menores *in potestate* (art. 166 CC) la doctrina, como señala MARIN GARCIA DE LEONARDO²³⁵, ya puso de relieve la conveniencia de extender la exigencia de autorización judicial a todo tipo de bienes muebles o inmuebles de cierto valor económico y ello porque el artículo 164 CC (actual art. 166 CC) se basaba en el ya superado aforismo «*res mobilis, res vilis*»²³⁶. En el mismo sentido afirmaba CASTÁN VÁZQUEZ que la exigencia de autorización judicial no debería centrarse ya en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria del bien enajenado porque actualmente numerosos bienes muebles tienen un valor superior al de los inmuebles²³⁷.

Y con relación a los distintos requisitos exigidos para la enajenación por emancipados de inmuebles o muebles señalará, haciendo referencia a la evolución histórica reciente de dichos requisitos, PEREZ DE CASTRO como la lectura de alguno de los supuestos contenidos en el art. 334 CC «*demuestra lo vacía que pueda quedar esta norma al encerrarse en categorías que han quedado arcaicas y que atendían a una riqueza basada principalmente en una sociedad agrícola, al mismo tiempo que revela la crisis del adagio res movilis res vilis*»²³⁸. Y, por ello, esta autora considera digno de elogio el

233VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Ed. Colex. Madrid. 1989, p. 266.

234Así, señala MARIN GARCIA DE LEONARDO que «*en el actual momento social se ha llegado a decir que son viles los inmuebles porque, entre otras razones tienen peor estimación que los muebles*» (en MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a.T.: «Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a Patria Potestad, II», en *RDP* 1986-I, p. 306).

235Ibíd. p. 306.

236Ibíd. p. 314; VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 266.

237CASTÁN VÁZQUEZ J.M.: *La Patria Potestad*. Ed. *RDP* Madrid. 1960, p. 302.

238PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor emancipado*. Ed. Tecnos. Madrid.1988, p. 192.

antiguo art. 323 CC que exigía la asistencia de los padres o curador no sólo para enajenar o gravar bienes inmuebles, sino también los establecimientos mercantiles y objetos de extraordinario valor, considerando que ello supone un reconocimiento de que ha quedado desfasada la categoría de los bienes inmuebles como la masa más valiosa e importante de un patrimonio²³⁹.

Pero no es sólo que la caracterización de los muebles como bienes sin valor haya quedado desfasada. Es que además cuando el Código exige en materia de capacidad para disponer sobre bienes inmuebles especiales requisitos no parece, atendiendo al momento histórico en que dichas normas deben ser interpretadas (art. 3 CC), que deba extenderse dicha expresión a cualquier estatua, máquina, vivero de animales, palomar o colmena que exista en la finca (inmuebles según la dicción del art. 334. 4º, 5º y 6º). Por contra, debe realizarse a nuestro entender y a pesar del art. 346 CC una interpretación restrictiva de dicho término incluyendo solo los inmuebles por naturaleza y excluyendo los mencionados en los apartados 4 a 7 inclusive y 9 del art. 334 CC²⁴⁰.

En resumen, la distinción entre bienes muebles e inmuebles con la concesión de un estatuto privilegiado a estos últimos carece ya de justificación y, por otro lado, siempre que en sede de capacidad encontremos la expresión «*bienes inmuebles*» debe realizarse una interpretación estricta de dicho término limitándolo a los inmuebles por naturaleza. Interpretación estricta exigida por la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (art. 3 CC).

Cuestión distinta es que pueda y deba establecerse un régimen privilegiado y específico para un tipo muy determinado de bien inmueble: la vivienda habitual o familiar, dado el innegable reflejo constitucional que tiene (con relación al derecho a la vivienda art. 47 CE y con relación a la protección de la familia art. 39 CE), pero dicho régimen privilegiado no puede extenderse a cualquier otro bien inmueble. En todo caso, dicho régimen específico, privilegiado y tuitivo de dicho concreto bien inmueble (de la vivienda habitual o familiar,) ya trasluce en diversas normas de nuestro texto ordinamental civil (arts. 96, 1320, 1321, 1357 CC etc.) y dentro de este, y a la vista de la dramática situación padecida en España a raíz de la crisis económica del periodo 2008-2013, en nuestras leyes hipotecarias y de enjuiciamiento civil (sobre vivienda habitual vide art. 21.3, 114, 129.2 b, 203.1.d de la LH y arts. 241.7, 575 1 bis, 579.2, 593.3, 671, 693.3 pfo. 2, 704, 771, 774.4 y DA 6ª LEC).

239Ibíd. p. 193. Actualmente, tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, la anterior expresión del ant. art. 323 CC «*sin consentimiento de de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador*» ha sido sustituida por la expresión del nuevo art. 247 CC que habla de «*sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial*».

240Así, con razón, señala DIEZ PICAZO que «*es dudoso que siempre que por disposición de la ley se utilice la expresión bienes inmuebles, se pueda aquélla generalizar a los **muebles inmovilizados** por incorporación o por destinación*» (DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...III*, ob. cit. p. 212) entre otras razones porque la desafectación es un acto tan ambiguo como la destinación y, ambos, dependen de la exclusiva voluntad del dueño en cuyas manos se dejaría la elección del régimen jurídico que tendría un bien (destinándolo o desafectándolo). En parecido sentido, y en cuanto al menor emancipado, señala ÁLVAREZ MORENO que «*por bienes inmuebles no debemos entender todos los comprendidos en los artículos 334 y 336 (a contrario sensu) CC, sino sólo aquellos inmuebles por naturaleza excluyendo los mencionados en los apartados 4 a 7 inclusive y 9 del art.334 CC*». Y ello porque la razón que inspira el artículo 323 CC es la de proteger el patrimonio más importante del emancipado; proteger «*los bienes que verdaderamente son inmuebles (y no aquellos que lo son ficticiamente por destino) porque se piensa que constituyen la masa patrimonial más importante dentro del patrimonio del emancipado*» (ÁLVAREZ MORENO, M.T.: «Comentario al artículo 323 del Código civil», en *Comentarios... T.II* ob. cit. pp. 2629-2630).

1.5 Validez y eficacia: Cuestiones generales

La validez es un concepto nuclear del Derecho. Aplicado al ámbito jurídico trata de dar respuesta a la pregunta ¿por qué una determinada proposición lingüística adquiere la categoría de Derecho, se incorpora a un determinado ámbito y obliga jurídicamente? Obviamente la respuesta a dicha pregunta implica tomar partido por una escuela jurídica pues «*en torno a su concepto se centran todas las concepciones teóricas sobre el Derecho*»²⁴¹. Así, los iusnaturalistas, que parten de un concepto material de validez porque equiparan validez y justicia, consideran derecho válido -valioso- por antonomasia al Derecho natural y, siempre y cuando se adecuen a las exigencias de dicho Derecho natural, a las normas de derecho positivo. Solo es derecho, para dicho credo, el derecho justo: el derecho injusto -el que se aparta de la ley natural- no es derecho sino violencia; no es ley sino, en palabras de Tomás de Aquino, «*corrupción de ley*»²⁴². El positivismo jurídico criticará la concepción material de validez propia del iusnaturalismo y sólo acepta la existencia del Derecho positivo. Pero dentro de dicho positivismo los sociologistas, acentuando el aspecto meramente fáctico, entenderán que el Derecho es, antes todo, un hecho social de modo que la validez de una norma es su existencia social real, y no tal como viene redactada en la ley, mientras que el positivismo normativista prefieren poner el énfasis en la norma y señalarán que la validez no puede ser ni un valor ni un hecho, sino que será el modo de ser característico de las normas, que no es otro que su obligatoriedad (meramente jurídica, no moral)²⁴³. Por otro lado, las escuelas normativistas también diferirán de las realistas en cuanto a la conexión de la validez y la eficacia externa. El normativismo kelseniano considerará la eficacia una condición indispensable de la validez, por lo que no es posible que una norma o un ordenamiento sean válidos si no son eficaces²⁴⁴; por contra, los realismos jurídicos, americano y escandinavo, en posición más extrema identificarán validez y eficacia, haciendo entonces de ésta, no una condición de aquélla, sino su verdadera esencia: la validez de una norma es lo mismo que su eficacia.

Frente a estas tesis mixtificadoras normativistas²⁴⁵ y sociológicas que mezclan conceptos sociológicos, como la eficacia extrínseca o social, con conceptos jurídicos, como la validez, la TCD reclamará la autonomía del planteamiento lógico-lingüístico, propio de la teoría formal del Derecho, la cual constituye una parte de la TCD. En la Teoría formal y pura del Derecho (sintaxis jurídica) que defiende la TCD los valores

241ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 325

242STO. TOMAS DE AQUINO, S. Th. I-II, q.95, art. 2.

243Kelsen distingue dos problemas distintos. Por un lado, el problema de qué sea la validez y, por otro lado, la cuestión de cuándo una norma es válida, es decir, cual es el fundamento de la validez. En cuanto a la primera cuestión, para Kelsen «validez» es sinónimo de «existencia» y «obligatoriedad». Norma válida es la que existe; inválida la que no existe como tal norma. A su vez la norma válida, esto es, existente, es obligatoria, pues la naturaleza de la norma es el obligar. La validez es, así, el modo de ser de la norma, que no es otro que el «deber»; y, en consecuencia, no es otro que la obligatoriedad. La validez normativista es, pues, una validez meramente formal, que expresa una obligatoriedad también puramente formal. En cuanto a la segunda cuestión, para Kelsen cada norma halla su fundamento de validez en otra norma jerárquicamente superior (fundamentación, por tanto, meramente formal) encontrándose en la cúspide de la pirámide normativa una norma vacía de contenido, como es la norma fundamental, que se limita a decir: «*se debe obedecer la constitución*» (ROBLES, G.: *Teoría*, Vol. I ob. cit. pp. 340-341).

244En la primera edición de la Teoría Pura de Kelsen del año 1934, este sostiene que la eficacia es condición de validez del orden jurídico, considerado en su conjunto, pero no de la norma jurídica individual; mientras que en la segunda edición considera que la eficacia es condición de validez, tanto del ordenamiento en su conjunto, como de la norma considerada individualmente (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. pp. 351-352)

245La teoría normativista, aunque se proclame una teoría pura del derecho en realidad es una teoría impura porque mezcla conceptos sociológicos (eficacia) con conceptos puramente jurídicos (validez).

no juegan ningún papel, pero tampoco lo juegan los conceptos sociológicos (como es la eficacia extrínseca). Por tanto, la eficacia extrínseca no es condición de la validez del derecho -como afirmarían los normativistas- ni sinónimo de validez -como afirmaría el realismo- de modo que para la TCD un ámbito jurídico sigue siendo válido y obligatorio (jurídicamente) aunque sea ineficaz, siempre que no sea sustituido por otro ámbito.

Pero no es a dicha acepción referida a la validez y eficacia extrínseca o social del ámbito jurídico a la que haremos referencia en esta obra sino a la validez y eficacia interna²⁴⁶ de una de las normas del texto ordinamental: la norma negocial. Recordemos que para la TCD y desde el punto de vista formalista, un ordenamiento jurídico no sólo está compuesto por reglas y principios, sino asimismo por normas de carácter individual, tales como las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos²⁴⁷. El negocio jurídico para la TCD sería la norma individual creada por la voluntad de los particulares y que tiene un alcance limitado, por cuanto sólo tiene aplicación en ámbitos que dependen de su propio señorío o dominio²⁴⁸. Dichos negocios jurídicos al tiempo que crean las normas concretas que regulan relaciones jurídicas individuales conllevan la «aplicación» de normas jerárquicamente superiores²⁴⁹. Por tanto, como parte que es de la pirámide normativa ordinamental, la norma negocial debe respetar las normas de mayor jerarquía normativa. La infracción de dicha jerarquía puede darse de dos formas distintas: funcional o estructuralmente. Habrá infracción funcional de dicha jerarquía cuando el negocio persiga un fin contrario a una norma jerárquicamente superior y conllevará, tal contrariedad de fines, la ilegalidad del negocio si bien dicha ilegalidad no siempre y necesariamente estará sancionada con la nulidad (arg. art. 6.3 CC). Pero también cabe la infracción de dicha jerarquía en un sentido no funcional sino estructural y ello porque la ley -el CC- norma superior a la negocial fija determinados requisitos estructurales para que pueda configurarse válidamente un negocio jurídico: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC). Y, en tal caso, la norma negocial que se forme anómalamente vulnerando las normas jerárquicamente superiores (ya por no existir o estar viciado el consentimiento, ya por carecer de objeto ya por carecer de causa) carecería de validez al igual que lo estaría la norma general si no se cumplen los requisitos esenciales requeridos para la formación válida del acto de decisión del que la norma no es sino resultado. Ahora bien, el texto ordinamental reconoce que dicha carencia de validez estructural pueda ocurrir de dos modos distintos. Y así, la norma negocial puede ser nula de pleno derecho cuando no cumple alguno de los requisitos esenciales del acto o cuando, cumpliéndolos, atenta contra normas imperativas o prohibitivas del

246Como distingue con nitidez ROBLES con el término «*eficacia*» extrínseca o social se alude a lo que sucede efectivamente en la realidad social; y así se dice que una norma es eficaz si efectivamente se cumple. En cambio, cuando los juristas dicen que la eficacia general de las normas consiste en su obligatoriedad y que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, no se están refiriendo a «*efectos externos*» al propio ámbito, sino a «*consecuencias internas*» que derivan de la existencia misma de las normas. Y así cuando los artículos 6 y 7 CC, que llevan por título «*Eficacia general de las normas jurídicas*», regulan aspectos internos al propio ámbito (ignorancia de las leyes, error de Derecho, actos contrarios a la ley, etc.) se están refiriendo a «*los “efectos intrínsecos”*», esto es, *los que se producen dentro del ámbito jurídico, están previstos por las normas y, por tanto, son también convencionales*» (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. pp. 303-304).

247ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, Vol. I ob. cit. pp. 246, 258-259 *et passim*. Así, frente a quienes niegan carácter normativo a las sentencias o negocios jurídicos en atención a que no poseen la nota de generalidad, las escuelas normativistas «*que contemplan todo el Derecho en términos de normas, prefieren introducir -en posición compartida por la TCD- ese concepto de norma individualizada o particular, que prescinde de la necesidad del carácter general*» (Ibídem pp. 258-259).

248Ibídem p. 259

249ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 260.

ordenamiento y, en ese caso, nunca habrá nacido para el Derecho ni se habrá incorporado al ámbito jurídico (aunque obviamente y con carácter meramente declarativo los Tribunales deberán declarar su nulidad si alguien pretende hacerla valer) o puede que sea simplemente anulable en cuyo caso la norma negocial se incorpora al ámbito y es una norma válida, pero está en posición claudicante y amenazada de expulsión del ámbito si una sentencia ya no declara sino, con carácter constitutivo, afirma que la estructura del negocio está viciada. Entre dichos dos extremos, como veremos en esta obra, cabe toda una gama de grises, un gradiente de color de categorías intermedias porque la invalidez de pleno derecho de la norma negocial podrá ser, como veremos, en atención a su legitimación activa, además, absoluta o relativa y la nulidad provocada podrá ser igualmente absoluta o relativa.

Considera ROBLES que cuando el Código Civil emplea como título de sus artículos 6 y 7 la expresión «*Eficacia general de las normas jurídicas*» no se está refiriendo a la eficacia «externa» o social de las normas, ni a los efectos del mismo género, sino que maneja un concepto que podemos llamar de eficacia interna y de efectos internos. Y está empleando eficacia como sinónimo de validez hasta el punto de que aunque el título de dichos artículos 6 y 7 CC se denomine «*eficacia general de las normas jurídicas*», bien podría sustituirse por el de «*validez general de las normas jurídicas*», pues, por lo que trata en su contenido (ignorancia de la ley, error de derecho, nulidad de los actos contrarios a la ley, etc.), se desprende que afecta a todo lo relativo a la obligatoriedad de la misma²⁵⁰. Para este autor, con el mismo sentido identificatorio entre el término «eficacia» y el de «obligatoriedad», se refiere el Código a la «eficacia de los contratos» (arts. 1278 y ss.) de modo que concluye ROBLES: «*validez, eficacia (interna) y obligatoriedad son tres términos que vienen a decir lo mismo. Si el contrato es válido, entonces será eficaz y desplegará sus efectos obligatorios. Si un contrato es ineficaz, esto no quiere decir otra cosa, sino que es inválido, o sea, que no obliga a los contratantes*»²⁵¹.

No comparto esta opinión que equipara eficacia interna en el Código Civil y validez como tendré ocasión de exponer en esta obra porque, como señala DELGADO ECHEVERRÍA, si bien todo contrato inválido es ineficaz o presenta anomalías en su eficacia²⁵², en cambio, hay contratos ineficaces plenamente válidos²⁵³ e incluso, añadimos, hay actos inexistentes plenamente eficaces (como en los supuestos de reserva mental). Además, como decimos, no hay que desconocer, en defensa de esta

250ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 371. Sigue afirmando este autor «*Creo que puede afirmarse, incluso, que el término más consagrado en el Derecho y la doctrina españoles, para referirse a lo que se entiende por validez, es justamente el de eficacia, en ese sentido interno al sistema jurídico. Eficaz es la norma que despliega efectos en el interior del sistema; se trata de una eficacia y de unos efectos meramente jurídicos, que no tienen por qué coincidir con la eficacia y efectos de carácter social y psíquico que las normas produzcan en el mundo circundante*» (ídem).

251ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. I ob. cit. p. 371

252No necesariamente todo contrato inválido es absolutamente ineficaz, sino que basta con que presente «*anomalías en su eficacia*». Así, frente a la tesis vista de DIEZ PICAZO y GULLON de que la terminología es arbitraria puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido creemos con, entre otros, LUTZESCO que el acto nulo, a pesar del brocardo latino «*quod nullum est nullum effectum producit*», produce ciertos efectos no solo respecto de las partes sino sobre todo respecto de situaciones adquiridas por terceros de buena fe y ello porque el efecto de la nulidad no es tan completo como sostenía la doctrina clásica ya que «*se detiene ante los hechos consumados si estos no son de tal naturaleza que comprometan al orden público, y se detiene porque prefiere sacrificar su autoridad para salvar el crédito y la seguridad de las transacciones, es decir, para no afectar a los principios que son la piedra de toque del derecho de las obligaciones*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 294 y 353).

253DELGADO y PARRA.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 16. Entre dichos contratos ineficaces (que no producen sus efectos normales) plenamente válidos (vinculantes y obligatorios para las partes) destacan el contrato celebrado a nombre de otro sin tener su representación o la venta de cosa ajena (ídem).

distinción entre invalidez e ineficacia, que la categoría del contrato rescindible presupone dicha distinción porque por exigencia legal sólo puede referirse a contratos válidamente celebrados (art.1290 CC) que, sin embargo, cuando se rescinden, devienen ineficaces. Como decimos, volveremos sobre este tema más adelante.

2. La invalidez del título dispositivo desde una perspectiva formal y sintáctica

Como hemos visto la TCD renuncia a definir el derecho, y señala que la palabra “*derecho*” es un mero nombre para designar el conjunto de ámbitos jurídicos existentes, que han existido y que existirán en el futuro²⁵⁴. Sigue, por tanto, una teoría formal del derecho. En este plano, que se corresponde con el plano de la sintaxis (que es el de los conceptos y estructuras formales del derecho y le corresponde la teoría formal del derecho), lo que nos interesa no es cuál debería ser el valor-concepto de nulidad o anulabilidad, ni tampoco el significado concreto que un determinado texto ordinamental adscribe a dicho valor-concepto, sino tan sólo qué se entiende por nulidad o anulabilidad en sí mismo en cuanto concepto meramente formal aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles. En este plano, la TCD -en su vertiente de teoría formal del derecho- precisa investigar si en los ámbitos jurídicos que han existido en el pasado e influido en la formación de nuestro derecho es conceptualmente necesario que la nulidad venga acompañada necesariamente de una serie de atributos (*ipso iure*, legitimación absoluta, apreciabilidad de oficio, sentencia declarativa, insanabilidad, imprescriptibilidad, inconfirmabilidad etc.) y la anulabilidad de otros (invalidez provocada, sobrevenida, estructural e inicialmente eficaz, legitimación restringida, no apreciable de oficio, sanable por el transcurso del tiempo y por confirmación etc.). Y, asimismo, precisa investigar si, conceptualmente, no caben otras categorías intermedias dentro de la invalidez o si, por el contrario, dicha concepción dual no es sino una creación de una determinada escuela jurídica (la Pandectística), pero no es una condición necesaria de las categorías de invalidez.

Y para ello es imprescindible el análisis de los ámbitos jurídicos que nos han preexistido e influido. A ello dedicaremos las próximas líneas.

2.1 Breve reseña histórica

De igual manera que cabe decir con Ortega que «*el hombre no tiene naturaleza, sino que tiene... historia*»²⁵⁵ cabría afirmar que el Derecho, como una de las obras supremas de la civilización, «*sólo se explica y es como es porque ha sido antes de una determinada manera. Su explicación científica conlleva esencialmente la dimensión histórica*»²⁵⁶. La mayoría de las instituciones, como ya nos recordó De CASTRO con relación al arbitraje, no son algo dado *a priori* sino una figura variable resultado del entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales²⁵⁷. Por ello, el conocimiento científico de un ordenamiento y sistema exige el estudio de la historia de las instituciones jurídicas de un determinado ámbito y el estudio, también, de las construcciones doctrinales llevadas a cabo por la Dogmática²⁵⁸. Pero ello no nos puede hacer caer en un exceso historicista que valore lo histórico en sí mismo independientemente de en qué medida los hechos estudiados sean relevantes para la comprensión del derecho actual. A mi entender, en este caso, como en muchos otros, cabría afirmar que «*in medio virtus*»: un exceso de historia puede hacer perder a la dogmática su carácter de ciencia práctica, pero una ausencia de conocimiento de la

254 ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 612; del mismo autor: *Cinco estudios...*, pp. 79-89 y 105.

255 ORTEGA Y GASSET, J.: *Historia como sistema*. Colección el Arquero. Revista de Occidente 6ª ed. Madrid 1970, p. 51. Una crítica a esta frase en ROBLES MORCHON, G. *Teoría...*, Vol. III p. 868.

256 ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid 1985, p. 42.

257 DE CASTRO Y BRAVO F.: «El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria» en *ADC 1979-IV*, p. 624.

258 ROBLES MORCHON, G. *Teoría del derecho...* Vol. II ob. cit. p. 373.

historia interna de las instituciones nos lleva a un adanismo que formula, por vanidad científica o ignorancia, como nuevas teorías ya existentes (*nihil novum sub sole*)²⁵⁹. Como señalaba poéticamente Miguel de Unamuno «*tropezamos/ con el pasado al avanzar, todo es renuevo(...) lo que ha de ser ha sido ya, nada hay de nuevo*»²⁶⁰.

La finalidad de la dogmática jurídica, según la TCD, es la construcción de un sistema que refleje y complete el ordenamiento. Pero dicho texto sistémico no ha de reflejar, como un espejo, el texto ordinamental, sino que «*lo reelabora, lo completa, hace explícito lo implícito, llena lagunas y resuelve contradicciones*»²⁶¹. Para la construcción de dicho texto sistémico la TCD se propone aplicar el método hermenéutico-analítico, método que realiza en el seno de la Dogmática entre otras operaciones una explicitación, mediante la Historia del Derecho, de la precomprensión o prejuicios legítimos con los que el jurista se aproxima a los textos jurídicos por mor de la tradición científica y profesional de la que forma parte. La Historia del Derecho se configura, así, como una parte fundamental de la Dogmática jurídica donde cumple un papel imprescindible²⁶². La construcción dogmática de un texto sistémico ha de realizarse necesariamente distinguiendo, junto a una parte sistemática del texto ordinamental vigente, la parte histórica (hasta el punto que la Historia del Derecho «*es una parte inescindible de la sistematización dogmática*»²⁶³) y ello porque no es posible entender la regulación actual de una institución en un ordenamiento jurídico determinado sin tener idea de la evolución que esa institución ha experimentado y sin saber nada de los debates doctrinales y las acuñaciones conceptuales que han tenido lugar en el pasado en torno a ella²⁶⁴. Como señalaba Savigny la ciencia del derecho debía de ser no solo sistemática sino también, y a la vez, histórica²⁶⁵. Pero es que además los «*antecedentes históricos y legislativos*» es uno de los cánones clásicos de la interpretación jurídica que recoge el art. 3 CC por lo que es una exigencia ineludible su conocimiento pudiendo afirmarse que la referencia a la historia y a la realidad social del tiempo en que fue elaborado y aprobado el texto ordinamental es un rasgo necesario en toda buena exposición doctrinal²⁶⁶. En resumen, no solo es que, como ha señalado ROBLES, «*el Derecho está en la historia*» y no se puede entender cabalmente el texto ordinamental vigente sin comprender como llegó a ser lo que es²⁶⁷ sino, sobre todo, que «*el conocimiento histórico no es un lujo añadido a la interpretación dogmática, sino... parte sustancial de ella*»²⁶⁸ siendo preciso, asimismo,

259La parte histórica de la ciencia del derecho debía ser, según PUCHTA, la historia interna no externa (HERNANDEZ MARIN, R.: en su prólogo a la obra *El espíritu del Derecho romano* de Von Ihering ob. cit. p. 18). Señala ROBLES que la historia interna «*se centrará en la evolución jurídica a partir de los textos generadores potencialmente de normas jurídicas*», mientras que la historia externa no se limita a comentar los cambios de los textos jurídicos, sino que intenta analizar las razones sociales, económicas y políticas de dichos cambios (ROBLES MORCHON, G. *Teoría...*, Vol. II p. 437). Y si bien el Prof. ROBLES considera que lo ideal es el estudio de la historia externa que incluya obviamente la interna y solo en caso de imposibilidad de abordar aquella limitarse a esta (ibídem p. 437) también es preciso prevenir contra un exceso historicista que valore lo histórico en sí mismo independientemente de en qué medida los hechos estudiados sean relevantes para la comprensión del derecho actual y convierta a los historiadores del derecho, en palabras de Thibaut, en «*doctos historiadores cazamoscas*» (HERNANDEZ MARIN, R.: ob. cit. p. 18). Sin embargo, la distinción entre historia externa e interna también ha tratado de fundarse en otros criterios clasificatorios considerando la historia interna como una Historia universal del Derecho (cfr. ESCUDERO LOPEZ, J.A.: *Curso...*, ob. cit. p. 27).

260UNAMUNO, M de.: Rosario de sonetos líricos CXXIII.

261ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...* Vol. II ob. cit. p. 403.

262Ibíd. pp. 402-403.

263Ibíd. p. 403.

264Ibíd. p. 373.

265HERNANDEZ MARIN, R.: en su prólogo a la obra *El espíritu ...* ob. cit. p. 17.

266ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho...* Vol. II ob. cit. pp. 569 y 614.

267Ibíd. p. 490.

268Ibíd. p. 425.

dicho conocimiento histórico del Derecho para «*detectar y analizar los fracasos legislativos*»²⁶⁹. Por todo ello, a la historia preferentemente interna de las distintas formas de invalidez dedicaremos las próximas páginas.

2.1.1 Derecho romano. -

Al derecho romano, destaca LUTZESCO, corresponde el legítimo orgullo de servir de punto de partida a todo estudio histórico y particularmente a la historia de las nulidades²⁷⁰. Los juristas romanos, escasamente interesados por la construcción de categorías generales, y preocupados, por contra, por la resolución del caso concreto, no construyeron ni un sistema ni una teoría ni del negocio jurídico ni, en consecuencia, de las nulidades del mismo²⁷¹.

2.1.1.1 Supuestos de nulidad y anulabilidad

2.1.1.1.1 Ineficacia de *ius civile*.

El *ius civile* era aplicable solo a los ciudadanos romanos: era «*en cierta forma, la muralla de la sociedad dominante, mejor dicho, la armadura de protección de la antigua aristocracia*»²⁷². Dicho *ius civile* conoció la figura de la nulidad radical que enunciaban con variada terminología²⁷³ e incluso, como luego veremos, una nulidad relativa distinta de la actual anulabilidad. Así podemos enunciar como supuestos de nulidad en el *ius civile*:

2.1.1.1.1.1 La nulidad absoluta.

El derecho romano conoció la figura de la nulidad absoluta²⁷⁴ pudiendo distinguirse los siguientes supuestos:

269Ibíd. p. 494.

270LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 57.

271Destacan dicha ausencia de sistema o teoría general de las nulidades en derecho romano, entre otros, ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano I*. (16ª ed. 1981), p. 140; ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, M.ª M.: *La rescisión por lesión en el derecho civil español*. Ed. La Ley. 1ª ed. Madrid. 2010. p. 29; CASAS LEÓN, M.E.: *De inutilibus stipulationibus*. Tesis Doctoral. Univ. de la Laguna 2001 p. 19; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 57; GEORGES RENARD: «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge» en *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*. París, 1903, p. 214; MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría general de las nulidades*. Ed. Porrúa. 4ª edición. México 2008, p. 64.

272LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 59.

273Señala OLIS ROBLEDA, con cita de Hellmann, entre otras, expresiones terminológicas empleadas en Derecho romano para referirse a la nulidad radical: *nullum esse, nullius momenti esse, non valere, nullas vires habere, effectum non habere, nihil agere, non contrahi, pro no facto haberi, irritum esse, inane esse, inutilem esse, vitiosum esse, frustra fieri, non esse, non consistere, impediri*. (ROBLEDA, O.: *La nulidad del acto jurídico*. 2ª edición Ed. Librería Editrice dell' Università Gregoriana, 1964, p. 294).

274Señala LUTZESCO (*Teoría...*, ob. cit. p. 81) que ya «*se trate de la falta de la forma impuesta por la ley, de la ausencia del consentimiento, de un objeto extra-commercium o de una causa inmoral, o aun de la incapacidad de las partes, el derecho romano clásico a pesar de haber sufrido la influencia del jus gentium, permaneció fiel, sin embargo, al espíritu autoritario de la sanción tradicional: la nulidad absoluta. Porque todos los elementos del acto jurídico están provistos de las mismas condiciones, de las mismas sanciones; el contrato, la obligación, es nula si no hay consentimiento, nos dice Pedio; el consentimiento dado por error "nihil valeat quod actum sit", afirma Paulo; la estipulación que tiene por objeto una res sacra será nula, agrega el mismo; las obligaciones que tienen por objeto una cosa imposible están siempre regidas por la regla "impossibilium nulla est obligatio", a su vez, los contratos basados en una causa ilícita "non sunt observantia"; asimismo, el acto de un pupilo, del sujeto a interdicción o de un loco "ipso jure non valet". Por consiguiente, la sanción es siempre la nulidad absoluta*».

A) Elementos esenciales del negocio jurídico

A1) La falta de consentimiento. -

Señala LUTZESCO, sobre la base de un texto de ULPiano, que el acto solemne aun regularmente otorgado desde el punto de vista del *ius civile* se declara nulo si falta el acuerdo de voluntades de las partes porque el consentimiento es necesario para toda clase de obligaciones²⁷⁵. No obstante, matiza OLIS ROBLEDA, si bien en el derecho postclásico justiniano es unánime la doctrina de que el acto simulado era nulo²⁷⁶ dicha unanimidad no existe respecto al tiempo clásico porque, aunque la doctrina mayoritaria, defiende ya en derecho clásico la nulidad del acto jurídico simulado²⁷⁷ no faltan importantes romanistas que, en posición minoritaria, han defendido que la nulidad de los actos simulados no se admitió como principio general en el periodo clásico ya que, entienden, en este periodo la voluntad no fue considerada elemento constitutivo del acto jurídico²⁷⁸.

A2) Vicios del consentimiento:

I) El error.- En época clásica y postclásica el acto realizado con error sustancial también fue nulo²⁷⁹. Las expresiones usadas por la fuentes, dice OLIS ROBLEDA, «no dejan lugar a duda: *nihil agitur* (D. 19, 2, 52), *emptio nulla est* (D. 18, 11, 9, pr.), *nulla contrahitur obligatio* (I, 3, 19, 29), *nullam esse venditionem; nullam emptionem stare* (D. 18, 1, 57, 1), *nihil actum est* (D. 29, 2, 75), *dominium non transit* (D. 18, 1, 15, 2), *non recessit dominium et nulla est alienatio* (D. 41, 1, 35), *nemo errans rem suam amittit* (ibid.)»²⁸⁰. A lo más, dice VOICI, se podría hablar en los casos de error de nulidad relativa de pleno derecho (no anulabilidad), porque sólo podía ejercitarla quien erró²⁸¹.

Sólo cuando el error versase sobre accidentalidades del acto este era válido a pesar del error, si bien, como señala la doctrina, el derecho romano conoce algunos casos en que el error, aunque objetivamente es accidental, y por ello irrelevante como principio general, adquiere eficacia invalidante porque la voluntad del errante le atribuye un valor sustancial en el negocio jurídico concreto²⁸².

II) El metus.- El *ius civile* había ignorado, a excepción del error, los vicios del

275LUTZESCO, G.: *Teoría...* ob. cit. p. 62. El texto de Ulpiano se contiene en D. 2.14.1.3: «...ut *eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*» (trad.: «...como elegantemente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aún la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento»).

276ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 317.

277Vide más ampliamente con cita de doctrina romanista ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 319-320 adhiriéndose este autor a dicha teoría (pp. 320-321).

278Vide más ampliamente con cita de doctrina ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 317-319.

279En este sentido ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 322; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 63. No obstante, no han faltado autores que lo consideraban simple causa de anulabilidad (entre otros, MITTEIS, Róm. Privatrecht, p. 241 cit. por ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 322).

280ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 322.

281VOICI, *L'errore in diritto romano*, p. 264 cit. por ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 322.

282SERRES LOPEZ DE GUEREÑU, R.: “*Error recidens in condicionem sine qua non*” (can. 126). *Estudio histórico jurídico*. Ed. Pontificia Università Gregoriana. Roma 1997, pp. 20, 197 et passim; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 64 donde señala que el error sobre la cualidad substancial de la cosa quedará reservada a la apreciación exclusiva de la víctima.

consentimiento por lo que el miedo provocaba, en época clásica, sólo remedios pretorios²⁸³. Ello constituyó el precedente de la idea de anulabilidad que se presentó, si bien aún sin tal denominación, en época postclásica²⁸⁴. No obstante, dicha afirmación -el miedo no provocaba la nulidad- no es pacífica porque si bien la doctrina mayoritaria sostiene que en época clásica el acto realizado por miedo fue, en todo caso (i.e. ya fuera o no formal ya fuera *bonae* o *stricti iuris*) válido por derecho civil, dándose únicamente en su favor los remedios pretorios²⁸⁵, por contra, un importante sector doctrinal minoritario ha sostenido que el miedo provocaba la nulidad *ipso iure* (civil)²⁸⁶. En época postclásica la doctrina mayoritaria sostiene, con base en el famoso texto de Paulo «*coactus volui*»²⁸⁷, que el acto realizado por miedo era simplemente anulable²⁸⁸, si bien no faltan autores que han mantenido que en dicha época, y debido a la fusión del *ius civile* con el *praetorium* y la prevalencia de este sobre aquél, aparece la tendencia jurídica de considerar los actos realizados por miedo como nulos *ipso iure*; tendencia que cristaliza ya en derecho justinianeo²⁸⁹.

III) El dolo. Cuanto se ha dicho sobre el *metus* vale en cuanto a dolo²⁹⁰. No obstante, con relación al dolo está aún más extendida, y debido a la claridad de los textos²⁹¹, la opinión de que en época clásica y postclásica el acto realizado por dolo fue en todo caso (i.e. ya fuera o no formal ya fuera *bonae* o *stricti iuris*) válido por derecho civil, dándose únicamente en su favor los remedios pretorios como eran la *actio* y *exceptio*

283 LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 70. Por miedo se entendía en derecho romano el temor a un mal mayor que experimentaba un hombre animoso. Así, resulta de Ulp. D 4, 2, 5: «*Dice Labeón que por miedo se ha de entender no un temor cualquiera sino de un mal mayor*» («*Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem. sed maioris malitatis*») y de Gayo D 4, 2, 6 «*Mas diremos que pertenece a este Edicto no el miedo de un hombre apocado, sino el que se experimente con razón y en hombre muy animoso*» («*Metum autem non vani hominis, sed qui mérito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus*»). Las traducciones del Digesto recogidas en esta tesis proceden de la traducción de la obra de Justiniano realizada por GARCÍA DEL CORRAL (JUSTINIANO: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta-Digesto*. Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889).

284 ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 328.

285 ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 330-331 y la doctrina que cita.

286 No obstante, dentro de esta última teoría, un sector doctrinal sostendrá que el miedo provocaba la nulidad *ipso iure* (civil) únicamente de los negocios formales por lo que los negocios no formales exigían acudir a los remedios pretorios (así, entre otros, BESELER y LUBTOW citado por ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 329), mientras que según otro sector de la doctrina el miedo provocaba la nulidad *ipso iure* (civil) únicamente de los negocios *bonae fidei*, por lo que los negocios *stricti iuris* exigían acudir a los remedios pretorios (en este último sentido, por ej. Bonfante, *Instituzioni*, p. 98, n. 2; Biondi, *Prospettive*, p. 73. cit. ambos por ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 330.)

287 Paulo, D. 4.2.21.5: «*Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quam vis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur*» (**trad:** «Si constreñido por miedo adí una herencia opino que me hago heredero porque aun cuando yo no habría querido, si hubiese tenido libertad, quise, aunque violentado; pero debo ser restituido por el Pretor, para que se me de la facultad de abstenerme»).

288 En este sentido, ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 332 y la doctrina que cita en p. 329.

289 SANFILIPPO: *Il metus nei negozi giuridici*, cit. por ROBLED A, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 330.

290 LABEÓN define el “*dolum malum*” como «*omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*» (D. 4, 3, 1, 2) (**trad:** dolo malo es «toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro»). La mera astucia o picardía, el “*dolus bonus*”, queda fuera del sentido técnico-jurídico del dolo.

291 Dice Gayo I. 4, 116: «*saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari. Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est...; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere*» (**trad:** «sucede frecuentemente que alguien está obligado con arreglo al *ius civile*, pero es injusto condenarle en juicio. Así, por ejemplo, si yo me hubiera hecho prometer por *stipulatio* un dinero que había de serte entregado como prestado, pero que no se te entregó, pues evidente es que yo puedo reclamarte ese dinero, porque te has obligado civilmente a darlo por la *stipulatio*; mas como sería injusto que fueses condenado por tal causa, se concede que has de defenderte con la excepción de dolo malo»).

doli o, más dudosamente, la *restitutio in integrum*²⁹².

A3) Incapacidades.

Los actos realizados por el *furiosus*²⁹³ y el *infans*²⁹⁴ estaban afectados de nulidad absoluta²⁹⁵. También estaban privados de eficacia jurídica los actos realizados por el pupilo sin autorización del tutor²⁹⁶ y por la mujer bajo tutela sin idéntica autorización, si bien en estos dos últimos casos -pupilo y mujer bajo tutela- se aprobaban sus actos en la medida en que le eran favorables²⁹⁷.

A4) El objeto

El derecho romano sanciona con nulidad absoluta, dice LUTZESCO²⁹⁸, el contrato que recaiga sobre un objeto jurídicamente imposible²⁹⁹ y el que recaiga sobre un objeto que por su naturaleza no puede ser ejecutado³⁰⁰.

A5) Causa

En la época clásica, superado el formalismo del derecho antiguo, la causa se incluirá entre las condiciones necesarias para la validez de las obligaciones³⁰¹. Darían lugar,

292 Véase más ampliamente ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 334-336.

293 Gayo I. 3, 106: «*Furiosus nullum negotium gerere potest quia non intellegit, quid agat*» (**trad.**: «Un loco no puede realizar ningún negocio, porque no sabe lo que hace»). El pródigo fue tratado igual que el loco y no podía administrar sus bienes (cfr. Ulp D. 27.10.1 pr.: «*Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio*» [**trad.**: «Por la ley de las Doce Tablas se le prohíbe al pródigo la administración de sus bienes»]) ni realizar ningún acto de disposición (cfr. Pomponio, D 50, 17, 40: «*Furiosi, vel eius cui bonis interdictum sit, nulla est voluntas*» [**trad.**: «Es nula la voluntad del loco, o de aquel a quien se le puso interdicción en sus bienes»]). Se ha discutido si el curador del pródigo podía convalidar un negocio realizado por este otorgando el *consensu* posterior. Señala BERNAL que sólo hay certeza de que éste pudo ser otorgado por el curador del menor de 25 años por lo que la situación del pródigo se asimiló, en esto, a la del loco más que a la del impúber mayor infante. (BERNAL GOMEZ, B.: «La curatela del pródigo en el derecho romano», en *BMDC* n° 48, 1983, p. 794).

294 Gayo I. 3, 109 «*nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent*» (**trad.**: «el infante y el que se está próximo a la infancia parecida no difieren mucho del loco, ya que los pupilos de esta edad no tienen ningún entendimiento»).

295 LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 68.

296 Gayo D. 26, 8, 9pr: «*Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest...*» (**trad.**: «El pupilo no puede obligarse por ningún contrato sin la autoridad del tutor»).

297 Gayo I. 3, 107. «*Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur < tutor >, uelut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest*» (**trad.**: «Un pupilo puede realizar válidamente un negocio, con tal de que obtenga la autorización del tutor cuando sea necesario, como, por ejemplo, si el pupilo contrae una obligación, ya que, para obligar a otro, no necesita autorización del tutor»). Por tanto, los *pubertati proximi* o *infantia maiores* podían realizar negocios jurídicos siempre que les fueran favorables y obligar a otras personas en su favor por lo que, para los menores que habían cumplido siete años, no era necesaria la presencia ni el consentimiento del tutor si el negocio únicamente les producía beneficios, siendo necesario, que para celebrar estos contratos el menor tuviese discernimiento y comprendiese el acto que estaba realizando (Gayo I, 3, 109) Por otro lado, en cuanto a la mujer recoge Gayo que I. 3, 108 «*Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt*» (**trad.**: «Lo mismo vale con las mujeres que están bajo tutela»).

298 LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 64-65.

299 D. 45.1.83.5 «*Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum aut basilicam, aut hominem liberum inutiliter stipulor*» (**trad.**: «Es inútil la estipulación de cosa sacra o religiosa, o destinada a perpetuidad a uso público, como un foro o una basílica, o de un hombre libre ...»).

300 D. 50. 17. 185: «*impossibilium nulla est obligatio*».

301 LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 66.; ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 313-314.

pues, a la nulidad la causa entendida como fin inmoral³⁰² y las obligaciones sin causa³⁰³.

A6) La forma.

También es causa de nulidad absoluta los vicios o defectos formales cuando se trate de negocios formales o solemnes debiendo tener en cuenta que en el ámbito del *ius civile* rige la exigencia de forma de modo que habrá que esperar al *ius honorarium* y del *ius gentium* para que empiece a reconocerse el principio de libertad de forma³⁰⁴.

B) Elementos accidentales del negocio jurídico

B1) Las condiciones imposibles.

En los actos *intervivos* la condición imposible provoca la nulidad del contrato³⁰⁵, pero en las disposiciones *mortis causa* hay una regla diferente porque si bien los proculeyanos querían que se aplicase la regla general (la nulidad) los sabinianos, por contra, consideraban dicha condición como no escrita, lo cual transformaba la disposición testamentaria en una disposición pura y simple³⁰⁶. La doctrina de estos últimos, como nos recuerda Savigny, fue adoptada por el derecho justiniano³⁰⁷.

302 Así se reconoce en distintos textos: «*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*» (Ulp. D. 45, 1, 26); «*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*» (I. 3, 19, 24); «*Pacta quae contra leges consuetudinesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati iuris est*» (C. 2, 3, 6); «*cum omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint*» (C. 8, 38, 4).

303 D 12, 7, 3: «*Qui sine causa obligantur, incerti conditione consequi possunt, ut liberentur*» (**trad.**: «*Los que se obligan sin causa, pueden conseguir por la conditio de cosa incierta que queden libres*»). Ejemplos de obligación sin causa p. ej. en D 12, 7, 2 (Ulpiano) que se alude a quien lleva una prenda a lavar al batanero. Este último creyendo haberla perdido abona su precio al dueño, pero con posterioridad el dueño encuentra el vestido. En tal caso se plantea ¿en virtud de que acción debe recobrar el batanero el precio que dio? respondiendo Ulpiano que, habiéndose encontrado los vestidos, parece como que se dio sin causa (el precio) por lo que se puede intentarse la *conditio* por falta de causa.

304 IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, ob. cit. p. 116 y FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho privado*, ob. cit. pp. 275 y 276. VON IHERING (*El espíritu...*, ob. cit. p. 213) mostraba así su aprecio al formalismo romano: «*De todos los caracteres del derecho antiguo ninguno llama más la atención que el formalismo, no sólo por la extrañeza del fenómeno, sino porque ningún elemento de dicho derecho, ni aun la idea de libertad que le domina por entero, alcanzó realización tan absoluta ni se conservó tanto tiempo; las formas sobrevivieron a la libertad romana. Aunque la libertad, por dar el más libre vuelo a la voluntad, y la forma, por reducirla desde el punto de vista formal, parecen contradictorias, están..., en dependencia mutua y reacción oculta. El pleno auge de la idea de la libertad coincide con el reinado tiránico de la forma; cuando la libertad zozobra, la forma mitiga su rigor, y cuando bajo el régimen de los césares la libertad se desploma, desaparecen también el formalismo y las fórmulas del derecho antiguo [...] Enemiga de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad; es el freno que detiene a los que quieren convertir la libertad en licencia, la que la contiene y protege. El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino el guardián de su libertad*»

305 Instituciones de Justiniano 3, 19, 11: «*Si impossibilis conditio obligationibus adiiciatur, nihil valet stipulatio*» (**trad.**: «*Si se agregare a las obligaciones una condición imposible la estipulación es nula*»).

306 Así, p. ej. señala GAYO I. 3, 98 «*Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest uti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio, sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant ac si 'ea conditio adiecta' non esset: diversae schola auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem, et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*». (**trad.**: «*También es inútil la estipulación hecha con una condición imposible de cumplir, como, por ejemplo, la de tocar el cielo con el dedo: pero nuestros maestros creen que es válido el legado hecho bajo condición imposible, como si tal condición no se pusiese; mientras que los autores de la otra escuela juzgan que es tan inútil el legado como la estipulación, y en verdad que sería difícil encontrar ninguna razón sólida en favor de semejante diferencia*»). Por tanto, para los sabinianos, entre lo que se contaba Gayo, el legado bajo condición imposible debía considerarse como un legado sin condición, mientras que para los proculeyanos debía considerarse como un legado nulo.

307 SAVIGNY, F.K. Von.: *Sistema...* T. II. ob. cit. [2ª de.] p. 242.

B2) Las condiciones ilícitas.

En época clásica si la condición era ilícita se niega eficacia a estas condiciones por vía procesal (*denegatio actionis o exceptio doli*)³⁰⁸ mientras que en época postclásica³⁰⁹ y justiniana (D. 45, 1, 134 pr.³¹⁰ y D 45, 1, 137, 6³¹¹) se regirán por los mismos principios que las imposibles y, por tanto, en los actos intervivos la condición provoca la nulidad del contrato³¹².

C) Actos *contra legem*.

Antes del Imperio, la sola violación del derecho como tal no daba lugar a la nulidad del acto jurídico, no defectuoso por otras causas³¹³; a partir del Imperio sí, siempre que la nulidad fuera textual (*leges perfectae*³¹⁴). Culminando la evolución, a partir de una

308MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDÍCANA, J.: *Derecho privado...*, ob. cit. p. 136.

309Así leemos en Paulus Sent. III, 4bis, 2 (colección postclásica) «*Conditiones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti, veluti: si uxorem non duxeris, si filios non susceperis, si homicidium feceris, si barbaro habitu processeris, et his similia*».

310Paulus D 45, 1, 134 pr. «*Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam; et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Caii Seii filio Titiae desponderetur; et interpositum est instrumentum, et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset; postea Caius Seius constante matrimonio diem suum obiit, et filia eius noluit nubere; quaero, an Caii Seii heredes teneantur ex stipulatione. Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, quum non sècundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstituram, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive iam contracta*» (**trad:** «Ticia, que de otro tenía un hijo, se unió en matrimonio con Cayo Seyo, que tenía una hija; y al tiempo del matrimonio convinieron que se desposaría la hija de Cayo Seyo con el hijo de Ticia; y se interpuso un instrumento, y se añadió una pena, si alguno de ellos hubiese sido impedimento para las nupcias; después, durante el matrimonio, murió Cayo Seyo, y su hija no quiso casarse; pregunto, si los herederos de Cayo Seyo estarán obligados en virtud de la estipulación. Respondió, que al que ejercita la acción en virtud de la estipulación, que se exponía, como quiera que no habría sido interpuesta conforme a las buenas costumbres, le habrá de obstar la excepción de dolo malo, porque se consideró deshonesto que los matrimonios, o futuros, o ya contraídos, fuesen ligados con el vínculo de una pena»).

311D 45, 1, 137, 6: «*Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omnino conditio iure impleri non potest, vel id faceré ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset...*» (**trad:** «Cuando alguno hubiera estipulado bajo esta condición, si Ticio hubiere vendido una cosa sagrada, o religiosa, o un foro, o una basílica, y cosas de tal naturaleza que hayan sido dejadas a perpetuidad para los usos públicos, como de ningún modo se puede cumplir en derecho la condición, o a él no le es lícito hacer esto, la estipulación habrá de ser de ningún valor, lo mismo que si se hubiese puesto una condición que por naturaleza es imposible...»).

312Señala ROBLEDA, en cuanto a las condiciones inmorales, que durante la época clásica si se trataba de un negocio intervivos era válido por derecho civil, más anulable por derecho pretorio. La nulidad civil de dicho negocio se introdujo en el periodo postclásico. Si el negocio era *mortis causa* el mismo fue tenido en época clásica por válido no sólo *iure civili*, sino también pretorio ya que el pretor tenía por inválida o no puesta la condición; y a partir del tiempo postclásico, el negocio era, fusionados ya el *ius civile* y *honorarium*, en todo caso válido al tenerse por nulas las condiciones (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 314-315). En todo caso, señalaba Savigny que, aunque en teoría se debía distinguir condiciones ilegales e inmorales, como toda condición ilegal es inmoral, basta emplear el epíteto de inmoral para diferenciar toda condición tachada de poco moral. (SAVIGNY: *Sistema, T.II*, ob. cit. p. 247).

313Así pues, antes del Imperio (a. 27 a.C) contra el acto jurídico *contra legem* no cabían otros remedios que los pretorios (*denegatio actionis, exceptio, restitutio in integrum*) si así lo exigiere la equidad. (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 311).

314Según los romanistas la primera ley perfecta fue la *lex Aelia Santia* del a. 4 a.C (vide más ampliamente ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 310 n. 61) si bien no faltan autores que datan la primera *lege perfectae* en los últimos años de la República (en concreto la *lex falcidia* del 40 a.C). El derecho romano distinguió tres clases de leyes preceptivas: perfectas, menos que perfectas e imperfectas. Sólo la violación de las *leges perfectae* implicaba la nulidad del acto siempre que así se indicara en el texto de la

Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del año 438, que empieza con las palabras «*Non dubium*», todo acto jurídico realizado en contra de la letra o de la voluntad de la ley será sin más nulo³¹⁵. Como señalará SAVIGNY «*en el lenguaje de Ulpiano puede traducirse esta regla (la “lex non dubium”) de la siguiente manera: toda ley prohibitiva se considera como una lex perfecta*»³¹⁶.

En época postclásica y justiniana también fueron radicalmente nulos los actos contrarios a la moral o buenas costumbres³¹⁷, pero en época clásica si bien la inmoralidad del acto jurídico de puro derecho pretorio determinaba su nulidad (ya que la equidad y la moral fueron elementos que el pretor tuvo en cuenta desde un principio) es discutido el alcance de la invalidez en los actos jurídicos de derecho civil. Según un sector eran nulos radicalmente, si la misma prestación o contenido del acto era inmoral, pero no si la inmoralidad residía solo en la causa en cuyo caso solo cabían remedios pretorios, pero otro sector prescinde de tal distinción y sostiene que los actos jurídicos inmorales no fueron nulos radicalmente en el tiempo clásico, sino sólo anulables por intervención del pretor³¹⁸.

2.1.1.1.2 La nulidad relativa de pleno derecho

Conocía el derecho romano, aunque sin aludirla *expressis verbis*, una forma de invalidez que podría denominarse nulidad relativa (en acepción distinta a como se usa actualmente este término como equivalente de anulabilidad) por cuanto existían supuestos de nulidad radical del negocio que sólo podía acusarla el que la sufrió: es el caso, dice VOICI, del error en el derecho romano³¹⁹ o según OLIS ROBLEDA es el caso de la *manumissio in fraudem creditorum* y el de la *donatio inter cónyuges* muerto el cónyuge donante³²⁰ que a continuación veremos.

Reconoce igualmente dicha figura SAVIGNY cuando afirma que «*en derecho romano*

ley (nulidad textual).

315C.1.14.5.: «***Non dubium*** est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente». (**trad.**: «No hay duda de que es contrario a la ley quien, atendiendo a las palabras de ley, actúa contra la voluntad de ley: ni evitará las penas previstas por las leyes, quien se excusa por la inaplicación de la ley a causa de la severidad de las palabras de la misma. De hecho, ningún pacto, ninguna convención, ningún contrato tendrá efectos entre aquellos que contravienen la prohibición legal»). Como destaca CARRASCO realmente esta Constitución se ocupa de proscribir el fraude de ley, no la contravención directa a la misma, ordenándose que se aplique la ley defraudada, pero «*si la ley defraudada es una ley prohibitiva -como la que supone la norma-, la aplicación se acompaña de la sanción de nulidad*» lo cual supone «*el núcleo normativo de la ley: que lo hecho contra la prohibición se tenga como nulo y no hecho*» (CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc» en *Comentarios Edersa* T. I, Vol. 1º). En el mismo sentido, BLASCO GASCO que resalta como el origen de nuestro actual art. 6-3 CC, lex non dubium, realmente está en el art. 6-4 del CC, en intentar evitar un determinado fraude de ley: el que cometían los decuriones o curiales que, para salvar la prohibición de ser administradores de bienes ajenos, los tomaban en arrendamiento (BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 21).

316SAVIGNY, F.K. Von.: *Sistema...* T. III. [2ª edición], p. 357.

317Así se reconoce en distintos textos: «*Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*» (Ulp. D. 45, 1, 26); «*Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet*» (I. 3, 19, 24); «*Pacta quae contra leges consuetudinesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati iuris est*» (C. 2, 3, 6); «*... cum omnia quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint*» (C. 8, 38, 4).

318Vide más ampliamente con cita de doctrina ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 313-314.

319VOICI: *L'errore in diritto romano* p. 264 cit. por ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 322 si bien, como este último autor expone, un sector muy importante de la romanística considera el error un caso de anulabilidad y otro de nulidad radical (últ. ob. cit. p. 322 y ss.).

320ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 303 siguiendo a Mitteis.

existen ciertos casos en que la nulidad depende de la voluntad de una persona interesada, y a los cuales pudiera aplicarse la expresión de nulidad relativa»³²¹ señalando, como supuestos de dicha nulidad, la venta realizada por un impúber puesto que depende exclusivamente de él o de su tutor anular o no el acto sin que la voluntad de la otra parte tenga ninguna influencia, o cuando un socio escribe a un consocio ausente, o notifica al procurador de este último, que desea disolver la sociedad, en cuyo caso es necesario un periodo de tiempo para que esta declaración se considere conocida por este asociado; y la cuestión de conocer si la sociedad ha existido en el intervalo, depende solo de la voluntad de éste.

2.1.1.1.3 La nulidad relativa provocada: la anulabilidad

Aunque el termino anulabilidad no se halla en las fuentes existen autores que entienden que no se puede negar la realidad al menos de una cierta figura de anulabilidad en el derecho civil romano³²² señalándose como supuestos de lo que hoy entenderíamos por anulabilidad el de la Lex Cicereia³²³, la *collusio* del SC Ninnianum³²⁴, la *querela inofficiosi testamenti*³²⁵, la *exceptio* contenida en el SC Velejano, Macedoniano y en la

321SAVIGNY.: *Sistema...*T. III, ob. cit. p. 351.

322ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 294 y ss. y MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, p. 71 con cita, ambos autores, de Mitteis, señalando este último autor como supuestos el de la Lex Cicereia, el de la *collusio* según el SC Ninnianum, el de la *querela inofficiosi testamenti* y el del error.

323La Lex Cicereia obligaba a los deudores a declarar en voz alta tanto el importe de su crédito, como el número de fiadores y la cantidad por la cual quedaba cada uno obligado Así, se indica en GAYO, 3, 123: «Además está prevenido por la ley Cicereia que el que toma sponsors o fidepromissores, diga y declare de antemano públicamente, tanto el objeto de la obligación, como el número de sponsors o fidepromissores que toma para su seguridad; y que si así no lo hiciere, puedan estos provocar dentro de 30 días un juicio previo, en el que se ventile si se ha hecho esta manifestación conforme a la ley, quedando libres de toda responsabilidad si se decidiese que no...». [«Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is qui sponsors aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsors aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit; et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit praedictum non esse, liberantur...»]. Entiende ROBLEDA, siguiendo a Mitteis, que es un supuesto análogo a la actual anulabilidad (validez del acto jurídico y posible resolubilidad del mismo por acción del interesado) porque, faltando la indicación de garantes y el objeto de la garantía, la obligación se contrae por parte de los garantes disolviéndose por virtud del *preiudicium* si los garantes lo entablan (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 297).

324El S.C. Ninnianum se refería al supuesto del patrono o dueño que acuerda con su liberto o esclavo, respectivamente, entablar un proceso fingido para probar que no es su liberto o esclavo sino un ingenuo (en derecho romano ingenuo es quien es libre desde que nació). Si se descubría el engaño (colusión) el liberto o esclavo pasa a serlo del descubridor (D. 40, 16, 1) pudiendo cualquiera iniciar el proceso para descubrir la ingenuidad (D. 40, 16, 2, 4) en el plazo de 5 años a contar desde la sentencia de ingenuidad (D. 40, 16, 2). Aunque Mitteis lo considera como hipótesis de anulabilidad ROBLEDA entiende que se trata de una nulidad e incluso de inexistencia porque el Magistrado no era competente para producir *ex novo* la ingenuidad (ob. cit. pp. 301-302) si bien no faltan argumentos a favor de la anulabilidad porque dicho SC habla de una *retractatio* de la sentencia (vide p. ej. D. 40, 16, 5) término más compatible con la anulabilidad que con la nulidad (vide otros argumentos en favor de la anulabilidad en ROBLEDA O. ob. cit. p. 302). No faltan autores, por último, que consideran que se trataba de una nulidad radical sanable (KRUGER y HELLMANN cit. por ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 302).

325Señala D. 5, 2, 8, 16 que: «Si el juez hubiere conocido de una causa de inoficioso, y hubiere fallado contra el testamento, y no se hubiere apelado, queda rescindido de derecho» [«Si ex causa de inofficioso cognoverit iudex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est»]. Entiende ROBLEDA, siguiendo a Mitteis, que es un supuesto análogo a la actual anulabilidad (validez del acto jurídico que deviene nulo por intervención del magistrado de modo que seguiría siendo válido de no darse ella) sin que se oponga a ello el término “*ipso iure rescissum*” pues significa, entiendo este autor, que se trata de figura tenida en cuenta por el mismo derecho civil (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 298). Sobre dicha *querela*, si bien considerándola como una causa de ineficacia creada por el derecho consuetudinario, vide LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 77-79.

*lex plaetoria de minoribus*³²⁶, y más dudosamente el supuesto del error³²⁷.

2.1.1.1.2 Ineficacia de *ius honorarium*.

Las numerosas conquistas de Roma y el crecimiento de la población y del comercio tuvieron efectos sobre la actividad jurídica y, así, al fin de la República, existirá un nuevo órgano (el Pretor) que se encargará de asegurar el respeto de las leyes³²⁸ y que dio lugar al derecho pretorio «*para ayudar o suplir o corregir el ius civile, por razón de pública utilidad*»³²⁹.

Así, dejando de lado la discutible anulabilidad de *Ius civile* a la que aludimos *supra*, es más relevante la anulabilidad pretoria (aunque, insistimos, no se emplee nunca tal término). Aquí el pretor, a diferencia de los casos dudosos de anulabilidad del *ius civile*, no actúa autorizado por ninguna norma jurídica; no actuaba, pues, en virtud de un SC específico -como sucedía en los casos del Veleiano o Macedoniano- ni de una *lex* concreta -como sucedía, como vimos, con la *lex plaetoria*- sino que actuaba en virtud de la misión de corrección del derecho civil por razón de utilidad pública que tenía encomendada precisamente para evitar el rigorismo y la rigidez del *ius civile* y a fin de tomar en consideración las peculiares circunstancias que necesariamente tenían que darse en una sociedad más evolucionada que aquella primitiva para la cual el *ius civile* se había creado³³⁰. Con dicha finalidad intervenía el pretor paralizando los efectos de tal acto lo que llevaba a cabo o bien negando la acción en orden a exigir el cumplimiento de lo pactado, o bien concediendo una excepción que neutralizara o eludiera la acción admitida, o bien otorgando una *restitutio in integrum*, si el acto hubiere tenido cumplimiento³³¹. Y dado que, como vimos, el derecho civil había ignorado, a excepción del error, los vicios del consentimiento los medios pretorios para paralizar los efectos del acto inicuo realizados por miedo o dolo (válidos, reiteramos, por *ius civile*) fueron la *actio doli* y *quod metus causa*, la *exceptio doli* y *metus* y, en algunos casos, la *restitutio in integrum*³³².

Ahora bien, dado que el pretor no actuaba en virtud de una norma concreta de *ius civile*

326El S.C. Veleiano consignó que las mujeres no pudieran ser fiadoras (D 16, 1, 1: «*Velleiano senatus-consulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent*») concediendo el pretor una *exceptio ex officio* contra quien exigiera la responsabilidad de la mujer que se hubiese hecho garante de otro (ROBLEDA, O.: *La nulidad...* ob. cit. p. 300). Por virtud del S.C. Macedoniano el pretor concedía *exceptio* contra el mutuante que exigiera la restitución de un préstamo de dinero a interés realizado a un filiofamilias (D. 14, 6) y, finalmente, por virtud de la *Lex plaetoria de minoribus*, el pretor concedía *exceptio* en favor del menor de 25 años engañado en la realización de un acto jurídico. Entiende ROBLEDA que, en todos estos casos, al conceder el pretor la *exceptio* «*realizaba algo equivalente a una invalidación del acto eficaz en sí desde un principio*» ob. cit. p. 301) obrando el pretor, autorizado expresamente por el derecho civil (SC o *lex*), e invalidando un acto a diferencia de lo que se verá con relación a la anulabilidad pretoria en la que no se invalida un acto, sino que solo se impedía la eficacia de un acto que teóricamente quedaba intacto (ibid. p. 301).

327A favor de considerarlo anulabilidad Mitteis; en contra ROBLEDA porque entiende que tratándose de ciertas clases de error existía nulidad del acto (ibidem pp. 303 y 322 y ss.).

328LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 59.

329Señala el Digesto 1, 1, 7, 1 que: «Derecho pretorio es el que los pretores introdujeron para ayudar o suplir o corregir el *ius civile*, por razón de pública utilidad, el cual se llama también *honorarium*, denominándose así en atención al honor (dignidad o cargo) de los pretores». [*«Ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum»*].

330ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 304.

331ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 304-305.

332Como resalta LUTZESCO (en *Teoría...*, ob. cit. p. 71) las bases primordiales de la actividad del pretor «*fueron el dolo y la violencia: estos son los datos fundamentales de su razonamiento, las directrices que marcaron el plan de su obra*».

su intervención no podía afectar a la validez intrínseca del acto, que permanecía en teoría perfectamente válido, sino sólo paralizar en la práctica sus efectos (el acto era ineficaz en la práctica ya fuera mediante dicha *denegatio actionis*, mediante dicha *exceptio* o mediante dicha *restitutio in integrum*); es decir, como señala LUTZESCO, los actos aun permaneciendo con plena validez civil no podían ser ejecutados por la oposición del pretor³³³. Ese es el origen de la anulabilidad actual a pesar de que no se empleara la expresión anulabilidad y a pesar de las innegables diferencias que existían entre dicho remedio de derecho pretorio y la actual anulabilidad³³⁴.

Desaparecida en época postclásica la diferencia ente derecho civil y pretorio, que se funden en uno, se da un paso más en la evolución de la anulabilidad porque aquellos remedios pretorios de época clásica «*no se podrán tener ya por extrínsecos al derecho sino como propios del único derecho civil imperial*»³³⁵ y porque, como consecuencia de ello, el derecho invalidará el acto y no sólo, como en época clásica, lo paralizará.

2.1.1.2 Efectos de la nulidad.

2.1.1.2.1 La regla general: la imposibilidad de convalidación.

Con relación a la nulidad, el Derecho Romano predicaba, como regla general, la insubsanabilidad del vicio y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos³³⁶. Esta regla se encuentra también en materia testamentaria³³⁷ y en los legados en virtud de la antigua regla Catoniana³³⁸. Pero, como señala Savigny, el principio de no

333LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 74.

334ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 304-306. En efecto, dicho remedio de derecho pretorio era distinto de la actual anulabilidad porque, en aquel caso, no procedía el pretor autorizado por ninguna norma jurídica (por contra, en la actual anulabilidad sí procede el Juez autorizado por una norma jurídica, los art. 1300 y ss. CC) ni afectaba a la validez del acto porque, este, continuaba siendo válido a pesar de que fuera ineficaz en la práctica (por contra, en la actual anulabilidad una vez declarada la nulidad del acto este se considera nulo con efectos retroactivos).

335ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 306.

336En este sentido D. 50, 17 fr. 29 («*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*»), las reglas «*Ab initio nullum, semper nullum*» o «*Quod nullum est, nullum producit effectum*» y D. 44, 7, 27: «*Obligaciones, quae non propriis viribus consistunt, neque officio iudicis, neque Praetoris imperio, neque legis potestate confirmantur*» (**trad.**: «Las obligaciones, que no subsisten por su propio vigor, no se confirman por ministerio del juez, ni por imperio del Pretor, ni por potestad de la ley»).

337D. 50, 17, fr. 201: «*Ommia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*» y en D. 50, 17 fr. 210: «*Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convallescere non potest*».

338Celso D. 34, 7, 1 pr. «*Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere, quae definitio in quibusdam falsa est*» (**trad.**: «La regla Catoniana define de este modo: el legado que habría sido nulo de morir el testador inmediatamente después de hacer el testamento, lo es en cualquier momento que muera; cuya definición es falsa en algunos casos»). Sobre dicha Regla Catoniana (RC) vide SAINZ-EZQUERRA FOCES, J.M.: *La regula catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*. Ed. Univ. de La Laguna. La Laguna, 1976. Señala este autor (ob. cit. p. 11) como la doctrina mayoritaria sostiene que la naturaleza de la RC no difiere mucho de la de los principios que hemos reproducido (sobre imposibilidad de convalidar el acto nulo) pero existen dos variantes diferenciadas a la hora de establecer la comparación: una corriente doctrinal piensa que la RC no es sino una simple aplicación a los legados del principio general de no convalidación de los actos jurídicos nulos *ab initio* que sirve de base a las otras tres reglas. Otra dirección considera que la RC no es exactamente la aplicación del principio general a los legados, sino un complemento de ese mismo principio, indispensable cuando se trata de su aplicación a los legados: el *initium* de los negocios *inter vivos* está siempre claro a la hora de tomar en consideración la máxima *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*. Por contra, los negocios *mortis causa*, en los que la fecha del comienzo de su eficacia está cronológicamente alejada de la fecha del nacimiento del negocio, pueden presentar dudas en cuanto a cuál de los dos momentos ha de ser considerado como el *initium* para la exigencia de los requisitos de validez, y consiguiente aplicación del principio general. Estas dudas son disipadas por la RC que viene a fijar el *initium*

convalidación del acto nulo tiene sus excepciones y añade que: «*Celso con motivo de la citada regula Catoniana, nos advierte de que no debe dársele demasiada extensión*»³³⁹. He, pues, aquí lo relevante, el espíritu práctico romano no llevaba las consecuencias lógicas hasta el extremo, admitiendo supuestos en que el acto nulo podía sanarse mediante la convalidación o la conversión en un acto válido.

2.1.1.2.2 La regla especial: la convalidación y conversión del acto nulo

A) La convalidación excepcional del acto nulo.

En derecho romano se reconocen como supuestos de actos nulos mientras no se convaliden, la *manumissio in fraudem creditorum* y la *donatio inter cónyuges*. En ambos supuestos el acto era nulo³⁴⁰. Así en cuanto a la *manumissio in fraudem creditorum*, si alguno manumite en fraude de sus acreedores dicha manumisión era nula («*nihil agit*»)³⁴¹. Y, en cuanto a las *donaciones inter virum et uxorem*, se recoge expresamente la nulidad en D 24, 1, 1 o en D 24, 1, 3, 10³⁴². Sin embargo, la renuncia por parte de los acreedores en el primer caso (al menos desde el periodo postclásico) o la renuncia presunta -deducida del hecho de no haber revocado- por parte del donante fallecido en el segundo caso (*confirmatio donationis*³⁴³) hacen válido el acto que, como

en el momento de la confección del testamento (ibíd. 11 con cita de amplia bibliografía). No obstante, entiende SAEZ EZQUERRA que entre el principio general de no convalidación del acto nulo (D. 50, 17, 29; D. 50, 17, 201 y 50, 17, 210) y la RC existe una diferencia estructural (porque la expresión y estructura de la RC recogida en D. 34,7, 1, pr y la del principio general presentan notables diferencias) y otra cronológica (porque el principio general -norma elemental de la antiquísima técnica romana- es más antiguo que la RC- que data del S II a.C) (vide más ampliamente últ. ob. cit. pp. 12-17).

339SAVIGNY: *Sistema...*T. III, ob. cit. p. 360. Nótese que al final de D. 34, 7, 1 pr. transcrito en la nota precedente Celso añade: «*quae definitio in quibusdam falsa est*» (trad. «*cuya definición es falsa en algunos casos*»).

340Como señala ROBLEDA no se trata frente a la anulabilidad de actos válidos mientras no se anulen sino nulos mientras no se convaliden (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 303).

341Gayo I. 1, 36- 37: «Sin embargo, no es lícito a todos manumitir. Porque si alguno manumite en fraude de sus acreedores o del patrono nada hace, pues la ley Aelia Sentia, impide que el manumitido adquiera la libertad» [«*Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. Nam is qui in fraudem creditorum vel in fraudem patroni manumittit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem*»]. Y más adelante en I. 1, 47 señala: «...la disposición de la ley Aelia Sentia, prohibiendo que consigan libertad los esclavos manumitidos en fraude de los acreedores, se extiende también a los extranjeros, porque así lo ha resuelto el senado por autorización del emperador Adriano» [«*...lege Aelia Sentia cautum est, ut qui creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere, senatus (enim) ita censuit ex auctoritate Hadriani*»].

342D. 24, 1, 1: «Está admitido entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer» («*Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donatione*» *valerent*»); D. 24, 1, 3, 10: «Pero se ha de saber, que de tal manera está prohibida la donación entre marido y mujer, que de derecho no valdrá nada lo que se hizo» [«*Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat, quod actum est*»].

343Indica VALLET que la *Oratio Principis* de Severo y Antonino ya permitía confirmar estas donaciones si el donante moría en vida del donatario sin haber revocado su donación (en VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Donación, condición y conversión jurídica material (Notas con ocasión de una nota crítica)», en *ADC* 1952-4, p. 1289). Así, señala D. 24, 1, 32 que «nuestro Emperador Antonino Augusto, antes de la muerte del Divino Severo, su padre, en una Oración hecha en el Senado aconsejó al Senado, siendo cónsules Fulvio Emiliano y Nummio Albino, que moderase un poco el rigor del derecho» [«*Imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in Senatu habita auctor fuit Senatui censendi, Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore*»]. Este principio se recogerá en nuestro Código de Partidas el cual, después de prohibir con carácter general las donaciones entre cónyuges, señalará que «si las fizieren, después que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el vno se fiziere por ello mas rico, e el otro mas pobre; fueras ende, si aquel que fiziesse tal donación, nunca la reuocasse, nin la desfiziesse en su vida: ca estonce fincaría valledera» (P. 4, 11, 4).

señala ROBLEDA, venía siendo nulo por voluntad del derecho³⁴⁴.

Savigny añade dos supuestos más de excepción de convalidación del acto nulo (aunque en opinión de dicho autor estos serán los únicos que reconozca como excepciones reales a la regla de no convalidación del negocio nulo): en primer lugar, cuando el marido vende un inmueble dotal, la enajenación es nula, pero si posteriormente adquiere la dote por entero -por fallecer la mujer- el acto de la venta se convierte en válido si se confirma por el marido³⁴⁵ y es necesario renovar la tradición. Y en segundo lugar, cuando se vende la cosa de otro y posteriormente este vendedor se hace propietario del bien, la enajenación resulta válida y el adquirente se hace inmediatamente propietario, sin necesidad de nueva tradición³⁴⁶.

Y un último caso discutible de acto nulo que sana en derecho romano: el matrimonio nulo celebrado con impedimento dirimente. Así, se señala en D. 23, 2, 65, 1: Paul. «*El mismo respondió en el propio libro: me parece bien, que, aunque contra lo mandado se haya contraído el matrimonio en la provincia, se hagan, sin embargo, legítimas las nuptias después de resignado el cargo, si persevera en la misma voluntad, y que, por lo tanto, los hijos nacidos después, de legítimo matrimonio, sean legítimos*»³⁴⁷. Como señala ROBLEDA de este texto se deduce que celebrado un matrimonio (que sería nulo al concurrir un impedimento dirimente) si el consentimiento persevera después de haber cesado el impedimento, el acto es sanado sin necesidad de tener que volver a celebrar el

344ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 303. No es pacífica la calificación de la *donatio inter cónyuges*, muerto el cónyuge donante sin revocar la donación, como un supuesto de convalidación o de conversión. Entre otros ROBLEDA (op. et loc. cit.) y ARIAS RAMOS lo consideran un supuesto de convalidación señalando este último que el Derecho justinianeo, en su tendencia a resolver el dualismo entre *ius civile* y *honorarium*, se inclina a facilitar las convalidaciones permitiendo que negocios antes nulos se presenten en época bizantina como «negocios incompletos, de perfección retardada, pendiente de una *condicio iuris*» (ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano I*, cit. p. 142 n. 164). Por contra, DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 26 y VALLET, J. B.: «Donación, condición...», ob. cit. p. 1287 lo consideran un supuesto de conversión calificando, este último, la «*confirmatio donationis*» como «*confirmación impropia*» sinónima de conversión sustancial o material.

345D. 41, 3, 42: «*Quum vir praedium dotale vendidit scienti vel ignoranti, rem dotis esse, venditio non valet; quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit*» (trad.: «Cuando el marido vendió un predio dotal a uno que sabía o que ignoraba que la cosa era de la dote, no es válida la venta; la cual es conveniente que se confirme habiendo fallecido después la mujer en el matrimonio, si toda la dote cedió en lucro del marido. El mismo derecho hay, cuando el que vendió una cosa hurtada quedó siendo después heredero de su dueño»). Aquí *confirmari*, añade Savigny se refiere primeramente a la validez del título para la usucapión y en derecho justinianeo implica la consolidación de la enajenación, es decir, de la propiedad, sin necesidad de usucapión (SAVIGNY: *Sistema...*III, ob. cit. p. 362, n. vg).

346Papiniano; D. 41, 3, 42 *if.*

347D. 23, 2, 65, 1: «*Idem eodem respondit, mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse*».

matrimonio³⁴⁸. Se trata del germen de la posterior *sanatio in radice*³⁴⁹ recogida por el Derecho canónico desde el S XII-XIV³⁵⁰ y, así, el derecho romano, frente a lo que hubiera supuesto la aplicación lógica y rígida de la nulidad, propone la sanación *ipso iure* del matrimonio que es nulo por estar afectado por un impedimento temporal y ello atendiendo a motivos prácticos y de la vida ajenos a la lógica (por "*utilitatis causa*") como son: el aprecio del matrimonio putativo y de la buena fe, el respeto al consentimiento matrimonial perseverante y la legitimación de la prole³⁵¹.

En resumen, la regla «*ex post facto convallescere non potest*» cuenta en Roma con excepciones que se daban en la práctica³⁵² y ello porque «*las consideraciones matemático-ontológicas [...] convencen a los juristas sólo parcialmente*»³⁵³. Los romanos no consideraban como un dogma irrefutable la imposibilidad de convalidación del negocio nulo; la regla «*tractu temporis non convallescere*» no era, por tanto, un principio incuestionable³⁵⁴.

B) La conversión del acto nulo³⁵⁵

348ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 308. En contra, considera Savigny que no pueden considerarse supuestos de convalidación de actos nulos ni el caso contenido en D. 23, 2, 65, 1 ni otros supuestos similares contenidos en el Digesto como el matrimonio contraído por un impúber cuando llega a la edad de la pubertad (D. 23, 2, 4: «*La casada menor de doce años será mujer legítima cuando haya cumplido los doce años en poder del varón*»), el matrimonio contraído por un senador con una libertina, cuando aquel deja de ser senador (D. 23, 2, 27: «*Si perteneciendo alguno al orden Senatorial hubiere tenido por mujer una libertina, aunque mientras tanto no sea su mujer, sin embargo, se halla en el caso de que, si él hubiere perdido la dignidad, comience ella a ser su mujer*»); el matrimonio verificado sin el consentimiento paterno, cuando éste es necesario y, posteriormente, el padre presta este consentimiento (D. 23, 3, 68: «*La promesa de dote no será menos válida, porque por ignorarlas en un principio el padre no hayan existido las nupcias, si después hubiere consentido...*») o muere (D. I, 5, 11: «*Paulo respondió, que aquel que fue concebido viviendo el padre e ignorando la unión de su hija, aunque haya nacido después de la muerte del abuelo, no se reputa ser hijo legítimo de aquel de quien fue concebido*»). Y no son supuestos de convalidación del acto nulo, dice Savigny, porque en todos los casos referidos la unión inicial contraída que era nula no se convierte nunca en válida, pero tampoco es obstáculo para un nuevo matrimonio -que en derecho romano se contrae por el hecho de la vida conyugal junto con la intención de vivir como esposos, sin que se exija ninguna forma especial al acto- cuando desaparece el hecho que lo impedía (SAVIGNY: *Sistema...*, T. III, ob. cit. p. 361).

349La sanación en la raíz del matrimonio nulo («*sanatio in radice*») se define y regula en el c. 1161 del CDC de 25/1/1983: «§ 1. *La sanación en la raíz de un matrimonio nulo es la convalidación del mismo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retrotracción al pasado de los efectos canónicos.* § 2. *La convalidación tiene lugar desde el momento en el que se concede la gracia; y se entiende que la retrotracción alcanza hasta el momento en el que se celebró el matrimonio, a no ser que se diga expresamente otra cosa.* § 3. *Sólo debe concederse la sanación en la raíz cuando sea probable que las partes quieren perseverar en la vida conyugal*».

350De acuerdo con la opinión generalizada de los canonistas, el padre de la institución de la sanación en la raíz y autor del concepto es el canonista Juan de Andrés (1270-1348) (JACEK ZYGALA: «La "sanatio in radice" en el matrimonio. Naturaleza y perspectivas» en *Cuadernos doctorales. Derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado: excerpta e dissertationibus in iure canonico, 2005-06*, n. 21, p. 83).

351JACEK ZYGALA: «La "sanatio in radice"..., ob. cit. pp. 80-81.

352WACKE A.: «Ex post facto convallescere en Derecho romano y Derecho alemán moderno» en *ADC* 2000-IV (pp. 1369 a 1396) analiza cada una de estas excepciones a lo largo de su trabajo.

353WACKE A.: «Ex post facto...», ob. cit. p. 1370; CASAS LEÓN, M.: *De inutilibus*, ob. cit. p. 18 y 19.

354WACKE A.: «Ex post facto...», ob. cit. Sobre la posibilidad reconocida en derecho romano de sanar mediante la usucapión determinados títulos nulos vide más ampliamente TRINCADO AZNAR, J.M.: «El ámbito legitimador de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles», *RCDI*, n.º 780, pp. 2110-2114.

355VALLET define la conversión como: «*aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, negocio o documento, sustancial o formalmente nulos en su especie o tipo, resulta válido como acto, negocio o forma de especie o tipo distinto*» (VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Donación, condición...», ob. cit. p. 1303) pero la doctrina moderna mayoritaria suele excluir la conversión formal e incluir solo la material al elaborar una teoría sistemática de la conversión (así p. ej. DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. pp. 19 -23 quien enumera los distintos autores y teorías que consideran la conversión formal la

El derecho romano no tiene una teoría general sobre la conversión porque la elaboración de esta presupone una teoría general del negocio jurídico y una delimitación de la nulidad e ineficacia del negocio de la que los romanos carecían, pero, en determinados supuestos, admitió que el acto nulo por no reunir los requisitos específicos de un determinado tipo pudiera producir sus efectos mediante la conversión o transformación en otro acto³⁵⁶. A veces, señala MACKELDEY³⁵⁷, se verificaba esta conversión *ipso iure* (p. ej., cuando en un contrato de venta se ha pactado *ne petatur pretium* la venta se convierte en donación fr. 36, 38 D 18, 1³⁵⁸ fr. 6 D. 41, 6³⁵⁹) mientras que en otras no tiene lugar sino en virtud de una declaración de su autor (p. ej. en la cláusula codicilar fr. 1 D. 29, 7³⁶⁰). Las primeras manifestaciones del fenómeno de la conversión se darán en materia hereditaria como, p.ej., la Causa Curiana, en la que se admitió la conversión de la sustitución pupilar, ineficaz por no hallarse siquiera engendrado el póstumo, en sustitución vulgar, llegándose a admitir posteriormente también la contraria, esto es, que la sustitución vulgar expresa, si el hijo es impúber, implica la pupilar tácita (D.28,6,4, 1)³⁶¹. También, pueden encuadrarse en estas hipótesis de conversión en materia *mortis*

única conversión verdadera; los que consideran la conversión material la única conversión verdadera -y que como decimos constituyen doctrina mayoritaria- y los que consideran la conversión formal y material especies diversas de un mismo fenómeno jurídico). En nuestro CC actual sería ejemplo de conversión formal el art. 715 -testamento cerrado en ológrafo. En cuanto a supuestos de conversión material en nuestro derecho actual vide DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 148 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Donación, condición...», ob. cit. pp. 1307 y 1308; ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 26 y SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 678-679.

356No obstante, los primeros en emplear el *nomen iuris* de “conversión” son Averanio (1662-1738) y Richeri (SXVIII).(DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 16).

357FERDINAND MACKELDEY: *Manual de Derecho romano...*, ob. cit., p. 184.

358D. 18, 1, 36: «Cuando alguno, que por causa de donación no lo ha de exigir, fija en una venta el precio de la cosa, no se considera que vende» [«*Quum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere*»]; D 18, 1, 38: «Si por causa de donación vendiera alguno por menos, es válida la venta; porque decimos que no es válida en absoluto la venta, siempre y cuando toda la venta fue hecha por causa de donación; mas cuando por causa de donación se vende la cosa en menos precio, no es dudoso que es válida la venta. Esto entre extraños, mas entre marido y mujer la venta hecha en menor precio por causa de donación, es de ningún momento» [«*Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero vilioris pretio res donatione causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros; inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio vilioris, nullius momenti est*»].

359D 41, 6, fr. 6. «Hecha una venta por causa de donación, la cosa entregada es usucapida no a título de comprador, sino como por donación» [«*Donationis causa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur*»].

360D 29, 7 fr. 1 «Muchísimas veces se determinó por rescriptos y constituciones, que el que creyó hacer testamento, y no quiso que este valiera como codicilos, se consideraba que tampoco hizo codicilos; y por lo tanto lo que se escribió en aquel testamento, aunque pudiese valer como codicilo, sin embargo, no se debe» [«*Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse, ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur*»]. No obstante, la cláusula codicilar es un supuesto dudoso de conversión. Dicha cláusula era la que el testador insertaba en su testamento para que, si este era nulo por inobservancia de las formas legales, tuviera validez como codicilo si reunía los requisitos de este último. Así, señala DÍEZ SOTO con cita de numerosos autores, que, aunque durante decenios la cláusula codicilar fue, a juicio de la doctrina, un ejemplo “clásico” de conversión, sin embargo, actualmente se rechaza unánimemente dicha teoría debido a la exigencia de una expresa declaración del testador que aproxima el fenómeno al negocio querido subsidiariamente para el supuesto de invalidez del negocio querido con carácter principal (DÍEZ SOTO, C.M.: *La conversión...*, ob. cit. p.16).

361La *Causa Curiana* fue un caso que se presentó en el 93 a.C ante el Tribunal de los Centunviro. Así, un tal Marco Coponio, creyendo erróneamente que su mujer estaba embarazada, instituyó a su hijo póstumo como heredero, pero añadió una sustitución pupilar, estableciendo que si su hijo moría antes de ser púber su sucesor sería Manlio Curio. Muerto Marco Coponio y constatado que la mujer no estaba encinta el heredero *ab intestato* (hermano del difunto) reclamó la herencia, porque, aferrado a una interpretación literal del testamento, alegaba que éste reconocía como sucesor a Curio sólo si el hijo fallecía

causa, entre otros, el SC Neroniano del año 61 d.C que dispuso que los legados que fuesen nulos por no emplear la fórmula apropiada serían en todo caso válidos como legado *per damnationem* (legados de obligación). Posteriormente, como señala DIEZ SOTO, la figura de la conversión sufrirá una notable evolución en los actos *inter vivos* hallando sus aplicaciones más desarrolladas en la última época clásica³⁶² y señalándose distintos supuestos de conversión, algunos dudosos, en materia de derecho de obligaciones³⁶³.

Vemos, pues, como el Derecho romano conoció numerosas excepciones a la insubsanabilidad de la nulidad. Excepciones que el jurista romano, aferrado al caso concreto, admitía y que el conceptualismo decimonónico germánico, aferrado a la puridad del concepto y a un sistema axiomático-deductivo-logicista, hizo imposible. Como diría siglos más tarde el segundo Ihering en su demoledora crítica a la jurisprudencia de conceptos de su primera etapa, a diferencia de esta «*los juristas romanos siguen el camino de la consecuencia lógica solo hasta el punto en que las necesidades de la vida la hacen detener, de tal manera que la utilización de la lógica nunca les hace perder de vista las realidades de la vida*»³⁶⁴.

Así, como hemos analizado, el derecho romano, enemigo del espíritu sistematizador, no pretendió elaborar una teoría de la invalidez ni ahormar en límites conceptuales rígidos la nulidad del *ius civile* o la posterior anulabilidad pretoria, pero, como veremos, la evolución histórica, sobre todo de los dos últimos siglos, ha encerrado las categorías de la nulidad y anulabilidad en estrechos márgenes conceptuales delimitando hasta la extenuación las consecuencias jurídicas de la clasificación de un contrato como nulo o anulable y no permitiendo, por tanto, matices, excepciones o grises entre la nulidad absoluta de pleno derecho y la nulidad relativa provocada (anulabilidad). La flexibilidad del jurista romano se ha visto sustituida por la matemática del derecho del conceptualismo decimonónico. En el altar del rigor conceptual; de un derecho de laboratorio se han sacrificado los matices del caso concreto que ya no admitirá modulaciones. O nulidad absoluta o anulabilidad. *Tertium non datur*.

impúber, pero no si, como sucedió, el hijo no hubiese llegado a ser heredero. En cambio, el sustituto, Curio, cuya tesis prevaleció, alegó que en la sustitución pupilar va implícita la vulgar, y por tanto consideraba que la voluntad real del testador era que, si su hijo no existía al momento de morir él, el heredero fuese Manlio Curio. Por tanto, si el testador quiso nombrar un sustituto para el caso de que el hijo que espera que nazca muera impúber, también habría querido hacerlo, si el hijo, no es que muera impúber, sino que no llega a nacer ni, por tanto, llega a ser heredero. Cerca de tres siglos después de la Causa Curiana fue recogida la doctrina contenida en la misma en una constitución de Marco Aurelio y Lucio Vero. Así se recoge en D. 28.6.4 pr.: «En virtud de una constitución del Divino Marco y de Vero usamos ya de este derecho, que cuando el padre hubiese substituido al hijo impúbero para un caso, se entienda que lo substituyo para uno y otro caso, ya si el hijo no hubiere sido heredero, ya si lo hubiere sido, y hubiere fallecido impúbero»[«*Iam hoc iure utimur ex divi marci et veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non exstiterit sive exstiterit et impubes decesserit*»]. No obstante, DE LOS MOZOS no considera la Causa curiana un supuesto de conversión sino de simple interpretación de la voluntad del testador (vide DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 29 n. 48 y doctrina allí citada).

362DÍEZ SOTO, C.M.: *La conversión...*, ob. cit. pp. 18-19.

363Se señalan como otros supuestos de conversión en derecho romano en sede de obligaciones la *stipulatio* nula en acto constitutivo de obligación natural o en *constitutum* (vide DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 27), el de la *stipulatio* novatoria nula como pacto sanatorio de la mora (*ibid.* p. 29) y los supuestos de *acceptilatio* [modo solemne y formal de extinguir las obligaciones surgidas de una *stipulatio*] nula que puede valer, al no producir el efecto extintivo que le es propio, como *pactum de non petendo* (*ibid.* p. 27).

364VON IHERING en *Bromas y veras en la ciencia jurídica* citado por ITURMENDI MORALES, J.: «Acerca de Rudolf von Ihering (1812-1892) y el sistema de los juristas romanos» en *Anuario de la Facultad de Derecho* (Vol. 11, 1993). Ed. Univ. de Extremadura. Cáceres. 1995. p. 431.

2.1.2 Derecho intermedio: La recepción del derecho común

Con el hallazgo en el S. XI del manuscrito del Digesto unido a otras circunstancias históricas³⁶⁵ se reinicia el estudio del derecho romano, interrumpido durante casi cinco siglos. Dicho renacimiento jurídico medieval supondrá un proceso histórico que se inicia en Italia en los postreros años del siglo XI y se desarrollará a lo largo del Medioevo y la Edad Moderna con la difusión y recepción del *Corpus Iuris Civilis*. El mérito de dicho renacimiento corresponde a la escuela boloñesa de los Glosadores que redescubrió en el S XI la obra Justiniana a la que realizó anotaciones marginales o interlineales que facilitaban su comprensión e interpretación y que consiguió, a través de la obra de Irnerio y sus discípulos, que «el derecho romano y la legislación justiniana hayan vuelto al camino de su soberanía», que «el pensamiento jurídico de Roma fuera por primera vez sometido a la prueba de la crítica» y que gracias a sus esfuerzos «se haya disipado el misterio que reinaba en torno a numerosas instituciones romanas»³⁶⁶.

2.1.2.1 La recepción del derecho común en el campo de la invalidez negocial: la Escuela de la Glosa.

En el campo de la invalidez negocial, señala GIROLAMI³⁶⁷, el derecho intermedio se presenta, más que como un punto final en la elaboración de los conceptos, como un instrumento útil para la comprensión de la evolución sucesiva de las instituciones³⁶⁸: el dato significativo es que, por primera vez en esta sede, se esboza un intento de sistematización que, aunque no del todo claro, es, sin embargo, esencial para las fases posteriores del estudio y la posición dogmática de las categorías. A dicha tentativa de sistematización y simplificación no fue ajeno el campo de la invalidez negocial. Destaca la mención, en las fuentes de este período, del negocio *annullandi*, que se une a los *rescindendi* y *irritandi* para indicar casos jurídicamente relevantes, cuya idoneidad para producir efectos, sin embargo, podría ser paralizado por el ejercicio de una acción, si bien la terminología de la anulabilidad será imprecisa³⁶⁹.

Por tanto, solo la nulidad *ipso iure* tiene una terminología y un significado claro y bien

365Circunstancias históricas que enuncia DUPLÁ MARÍN al señalar, con cita de TORRENT, como tales: la superación de las leyendas de que el mundo iba a acabar en el año 1000; la pujanza comercial de ciertas ciudades sobre todo del norte de Italia; el movimiento vivificador del sentimiento cristiano; el deseo de la conquista espiritual de Oriente mostrado en las Cruzadas; el estudio y difusión de los escritos de los pensadores antiguos; la preparación lógica -debida a la teología escolástica-; la fundación de universidades; la existencia de la escuela longobarda de Derecho y el descubrimiento de un manuscrito del Digesto del s. VI -Littera Florentina (DUPLA MARIN, M^a.T.: «La recepción del derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la constitución europea», *AFDUC*, 2003, p. 274).

366LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 113.

367MATILDE GIROLAMI: *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*. Ed. CEDAM. Padua, 2008, p. 70.

368Y no es un punto final porque, como destaca GIROLAMI, la distancia que separa el negocio *annullandi*, *rescindendi* et *irritandi* con respecto de los conceptos elaborados por la ciencia jurídica moderna es todavía abismal (ibid. p. 76).

369Afirma a propósito de esto, en los inicios del S XX, Renard: «Por mucho que la idea de anulación *ex post facto* es clara en el espíritu de los romanistas del medioevo, su terminología es imprecisa. La palabra *nullitas*, es verdad, tomó... un significado bien definido, - que por otra parte no conservará después de ellos: designa la nulidad *ipso iure*; y es por eso que, como se recordará, reconocen que la expresión *exceptio nullitatis*, no corresponde a una excepción en el propio sentido de la palabra. Pero en cuanto a la anulabilidad, ningún término técnico la designa: se llama a veces *debilitas*, *invaliditas* pero estos mismos términos se aplican la nulidad. Las únicas características es el uso del futuro: *rescindendum*, *annullandum*, etc., que expresa la idea de anulación *ex post facto*, el testamento inoficioso será, por ejemplo, no *irritum*, sino *irritandum*; no es *evacuatum*, sino *evacuandum*...» (GEORGES RENARD: «L'idée d'annulabilité...», ob. cit. p. 326).

definido. No, por contra, la anulabilidad que se confunde con la rescisión. Así, Accursio, principal representante junto a Irnerio de la escuela de la Glosa, afirmará que «*sub título generali de in integrum restitutione comprehenduntur omnes species restitutionum*»³⁷⁰, distinguiendo, a continuación, sólo entre *restitutiones iure actionis* y *officio iudicis*³⁷¹. Lo que nos interesa destacar, dice GIROLAMI es que esta acción restitutoria, indiferentemente llamada también *rescissio* o *annullatio per viam restitutionis*, viene a contraponerse expresamente a la nulidad absoluta *ipso iure* civil, dependiente de un defecto congénito del acto, y por el que no hace falta la intervención del juez³⁷² y que la *restitutio in integrum*, perdida la naturaleza original de recurso excepcional, se convierte, en la Escuela de la Glosa, en medio general para reparar el daño objetivamente injusto³⁷³, y, por tanto, también de los negocios con vicios de la voluntad confluyendo en ella los varios remedios elaborados por el derecho romano, como las *actiones metus* y *doli*³⁷⁴.

Como decimos, la nítida separación de la nulidad con relación a los restantes regímenes de ineficacia ya se percibe en esta época. Así, como señala GORDILLO³⁷⁵, en Irnerio va a aparecer con claridad la distinción entre dos regímenes distintos de ineficacia: «*in summa ex his quaedam adeo inutiles sunt, quae nullo modo confirmari possunt*»³⁷⁶. Lo realizado con una tal forma de ineficacia «*non valet, nec convalescere potest, et ideo ipso iure denegantur actiones*»³⁷⁷. En cambio, si los actos no eran nulos en su origen, Irnerio destacará la posibilidad de ratificar los mismos: «*immo confirmatur posteriori consensu quod ab initio ratum non erat*»³⁷⁸ si bien confundían en esta ineficacia sanable, en esta -en palabras de LUTZESCO- nulidad relativa³⁷⁹, la rescisión y la anulabilidad. Confusión que no desaparecerá hasta bien entrado el Siglo XIX.

En definitiva, los Glosadores habían creado un «*sistema*» en el que ya podemos distinguir dos categorías de actos ineficaces: aquellos «*qui non habent sua essentialia*», y, por lo tanto, son absolutamente nulos, y aquellos «*qui habent sua essentialia et valent ipso iure non in effectum*». Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos últimos no son propiamente actos inválidos (sí ineficaces, pero no inválidos) sino únicamente actos "paralizables" en términos concretos, en cuanto lesivos de una situación patrimonial; como señala GIROLAMI sería, por lo tanto, incorrecto decir que en el "sistema" de la Glosa estaban presentes las dos tipologías de invalidez que caracterizan el panorama jurídico moderno por lo que en el fondo los Glosadores acabaron por imaginar una única forma de invalidez: la nulidad *ipso iure*³⁸⁰ y relegaron la anulabilidad, confundida con la rescisión, al ámbito de la ineficacia *stricto sensu*.

370Cfr. Accursio, IV, 1 cit. por MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. p.79 n. 81. Sobre la distinción entre *restitutio iure actionis* y *officio iudicis* véase LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 122.

371Sobre la distinción entre *restitutiones iure actionis* y *officio iudicis*, v. MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. p. 79 n. 82.

372MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. pp. 79 y 80.

373La *restitutio in integrum* era una institución excepcional en derecho romano; el último recurso para impedir el triunfo de la injusticia. Por contra, la Escuela de la Glosa convertirá dicha institución en medio general para reparar el daño objetivamente injusto.

374MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. pp. 78-79 y 74.

375GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual», *RDP* marzo de 1983, p. 239.

376Irnerio, Summa cód. VIII, 34 de inutil, stip. 2 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p.115.

377Ibid.

378Irnerio, Questiones IX quod. Met. Causa 1 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 116.

379LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 116.

380MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. pp. 81-82. Nulidad, añade, que básicamente coincide con la inexistencia del supuesto de hecho negocial, puesto que todavía faltó, a la época, una acabada elaboración de la distinción entre acto inexistente y acto jurídicamente nulo (ibid. pp. 82-83)

2.1.2.2 La escuela de los comentaristas.

A comienzos del S. XIII, tras más de un siglo de constante elaboración, comienza a decaer la Glosa. Como recuerda TORRENT, los glosadores no admitieron un pensamiento libre más allá del tenor del texto, adolecieron de escasez de crítica, ingenuidad y falta de conocimientos históricos y se contentaron con un estudio teórico³⁸¹. Por otro lado, la decadencia del método fue irreversible cuando los glosadores empezaron a glosar fragmentos a través de otras glosas sin disponer directamente de los textos justinianos de modo que, en lugar de proporcionar luz sobre los textos que glosaban, aportaban oscuridad porque el que deseaba conocer el texto original no podía muchas veces distinguir este de las glosas.

La escuela de los comentaristas no altera sustancialmente los resultados alcanzados por la escuela de la Glosa en materia de invalidez. En realidad, destaca GIROLAMI, aparte de la originalidad del nuevo método en los postglosadores o comentaristas «*sigue presente una neta separación entre nulidad sustancial automática y parálisis procesal de los efectos del negocio*»³⁸² si bien sí realizaron diversos avances que merece destacarse:

En primer lugar, afrontaron el problema de si los actos cometidos contra una prohibición legal, nulos *iure civile*, podían conservar alguna relevancia al único objetivo de la aplicabilidad de una sanción. La respuesta, casi unánime, se basa en la escisión entre el ámbito jurídico y el ámbito de los hechos, en cuánto que, al igual que señalaba la patrística agustiniana de que ni siquiera Dios puede hacer que lo que fue no haya sido, tampoco puede la ley hacer que lo que ha sucedido no haya sucedido («*vere non potest lex facere, quod illud quod est factum, non sit factum*»³⁸³) con la conclusión natural de que estos contratos que son contrarios a la ley y al derecho son verdaderamente inútiles o nulos («*isti contractus, qui sunt contra legem quantum ad ius, vere inutilis, seu nulli sunt*»)³⁸⁴. Parece, pues, señala GIROLAMI, plantear la consideración de la existencia de un negocio al sólo efecto de la aplicación de una consecuencia sancionatoria³⁸⁵.

Por otro lado, señala GORDILLO³⁸⁶, Bartolo clarificará «*el criterio de adscripción a una u otra forma de ineficacia*» porque la nulidad absoluta responderá a consideraciones de utilidad pública mientras que la nulidad relativa será una sanción concedida a favor de una persona o grupo de personas delimitado³⁸⁷. Aquella no es sanable³⁸⁸, operará ipso iure³⁸⁹ si bien, si la causa de nulidad no es manifiesta y existe apariencia de regularidad, podrá acudir al juez a fin de iniciar la instancia del *ius*

381TORRENT RUIZ, A.J. *Problemas romanísticos de aplicación forense*, 1993 cit., pp. 25-26 cit. por DUPLA MARIN, M^a.T.: «La recepción del derecho romano...», ob. cit. p. 275.

382MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. p. 83.

383BARTOLO, Comm en C. I,14, 5 cit. por MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. p. 84 n. 92.

384Ibidem.

385MATILDE GIROLAMI. *La nullitá...*, ob. cit. pp. 83-84.

386GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 239.

387LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 119, 152 *et passim*; GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 239.

388No es sanable, aun cuando el contrato se acompañara de juramento. Así, señalará BARTOLO que: «*contractus prohibitus ratione publicae utilitatis non firmatur iuramenta*» (cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 121). Sobre la transcendencia del juramento en la doctrina canonista y en la tesis de BARTOLO *vide* LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 126-133.

389«*Quod factum contra leges est ipso iure nullum*» Bartolo 1, non dub. 5, C. tit 3 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 120.

*dicendi nullum*³⁹⁰ siendo dicha nulidad absoluta el medio de coerción destinado a asegurar el respeto de las leyes en que la prohibición afecta al interés general o utilidad pública. En cuanto a la nulidad relativa vinculada, en la concepción de BARTOLO, al dolo incidental³⁹¹, la violencia, la minoridad o la lesión, reviste cada vez más el aspecto de favor legal al menor o a quien padeció el vicio y opera a través de la rescisión con su común efecto restitutorio³⁹².

No obstante, reiteramos, la confusión terminológica entre la anulabilidad y la rescisión se mantiene en este periodo³⁹³ y será heredada por nuestro derecho histórico patrio.

2.1.2.3 Derecho Medieval español

A) El Fuero Juzgo. -

El Fuero Juzgo es la traducción romance llevada a cabo en el SXIII (1241) del Liber Iudiciorum (o Lex Visigothorum), cuerpo de leyes visigodo promulgado en el año 654 por obra de Recesvinto. Fuero Juzgo que, como diría MANRESA, es «*el que consideran los sabios como el origen de nuestras leyes*»³⁹⁴. Dicho Fuero Juzgo contiene una referencia a la nulidad al tratar «*de los escritos que deben valer ó non e de las mandas de los muertos*» (FJ 2,5). Así, con carácter general, dispondrá que «*los escritos en quien son puestos el dia y el anno que son fechos segund la ley, é a y su sennal daquel qui lo fizo é de las testimonias, deven seer firmes y estables por toda via*» (FJ 2,5,1 *in principio*) así como que «*los pleytos é las abenencias que son fechas por escripto segund cuemo manda la ley, si fuere puesto el dia ó el anno que fuéron fechos, deven siempre seer firmes*». También «*deven valer los escriptos*» si quien lo otorga está enfermo, pero concurren testigos en la forma legalmente establecida (FJ. 2,5,1) regulando a continuación diversos supuestos en que algún escrito (FJ. 2,5,2) o pleito (FJ. 2,5,6) non deve valer. Asimismo, considerará que los pleytos que non son derechos que no valan (FJ. 2,5, 7) y que tampoco valan, entre otros, el escrito que es fecho por fuerza o por miedo (FJ 2,5,9), o por menores de 14 años salvo que existiera peligro de muerte (FJ. 2,5, 10) estableciéndose igualmente normas sobre cuando las mandas debe o no valer (FJ. 2,5, 11).

En el FJ. 5,1, 3 se establece que non valga la venta o donación realizada por un obispo o clérigo sin consejo de los otros clérigos de una cosa de la Iglesia «*si non fuere fecho cuemo mandan los decretos de los padres santos*». O se establece que no valga la donación hecha por fuerza o miedo (FJ. 5,2,1) ni las compraventas realizadas con idénticos vicios (FJ. 5,4,1 *a contrario* y FJ. 5,4,3) prohibiéndose, entre otra, la venta de cosas litigiosas (5,4,10).

B) Las Partidas

390Bartolo 1, 5 C Quom et quand 7, 43 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 121.

391En la concepción de BARTOLO en los contratos de buena fe el dolo causante entraña la nulidad de pleno derecho porque lo equipara a un error sobre la razón principal del consentimiento (LUTZESCO G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 121).

392LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 121-122. También dichas nulidades relativas, a diferencia de las nulidades absolutas, serán confirmables por juramento (aunque la nulidad resulte de una *ratione publicae utilitatis* secundario) (ibid. pp. 130-131).

393Incluso, destaca LUTZESCO, algún postglosador incurrió en la confusión de considerar el acto *contra legem* rescindible. Así, ROGERIO a propósito de la venta afirmará «*rescinditur propter metum, propter dolum, propter pactum, propter iniquitatem rei et propter legem non servatam*» (ROGERIO Summa Cod. IV, XXIV, de rescidn, vend 1 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 118).

394MANRESA SANCHEZ, J.M^a.: *Historia Legal de España desde la dominación goda hasta nuestros días*. T I. Ed. Establ. tip. Calle del Sordo. Madrid. 1841, p. 44.

Las Partidas representan el apogeo de la Recepción del Derecho común en nuestra Nación. Su lenguaje, no obstante, en materia de invalidez será, como señalaría siglos más tarde GARCÍA GOYENA, «*equivoco y confuso, pues tan pronto dice que el contrato non vale, como que debe ser desfecho: pueden verse las leyes 56, 57, 60 y siguientes, título 5, Partida 5*»³⁹⁵. Arbitrariedad y confusión terminológica también destacada por GORDILLO CAÑAS quien señala que la arbitraria terminología romana fue «*heredada por el Derecho posterior: en las Partidas, por ejemplo, igual da «no valer» que «deber ser desfecho»*»³⁹⁶.

En efecto la P. 5, 5, 56, al regular conjuntamente las consecuencias de ineficacia del contrato viciado por miedo o fuerza y del contrato en que existe lesión por no ser el precio justo, mezclará terminológicamente supuestos que hoy distinguiríamos de invalidez (anulabilidad) y de rescisión, por lesión, de contratos válidos³⁹⁷. Confusión terminológica entre «*desfacer, et non vale*» que reitera la Ley siguiente, P. 5, 5, 57, con relación al contrato celebrado con engaño³⁹⁸, así como la P. 5, 5, 60 con relación a la venta que hizo el siervo de los bienes del señor³⁹⁹ o la P. 5, 11, 28 con relación a la promisión que «*es fecha por miedo, ó por fuerza ó por engaño*»⁴⁰⁰.

En todo caso, la distinción principal que recogerá nuestro derecho histórico será entre actos nulos y rescindibles⁴⁰¹ siendo destacable, igualmente, la confusión terminológica que se da en el ámbito de lo que hoy llamaríamos supuestos de anulabilidad que, en muchos casos, y como ya vimos en la escuela de glosadores y postglosadores, se confunde con la rescisión. Por el contrario, sí parece haber un concepto claro de la nulidad de pleno derecho (aunque, obviamente, sin las deducciones conceptuales acerca de su régimen jurídico que luego concretó la Pandectística). En este sentido, destaca GORDILLO, en posición que comparto, que, en las Partidas, las «*leyes deste nuestro libro, y las buenas costumbres*», aparecen como el límite infranqueable, cuya violación o traspaso supone una nulidad absoluta e irremediable lo que se manifiesta tanto en la P.

395GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias...*, T. III. ob. cit., pp. 176 -177.

396GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 238.

397P. 5, 5, 56: «Por miedo, o por fuerça comprando, o vendiendo algún ome alguna cosa non deue valer: ante dezimos que deue ser desfecha, la compra, si fuer prouado que la fuerça o el miedo fue a tal, que ouo de fazer maguer le pesasse.... Otrossí dezimos, que se puede desfazer la vendita que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio que pudiera valer en la sazón que la fizieron (...)

398P. 5, 5, 57: «Heredit, ó casa, ó viña o otra cosa qualquier habiendo algunt home en algunt lugar do non estodiese nin sópiese quanto valie, nin la hobiese nunca vista, et non habiendo voluntat de la vender, si otro alguno moviese razones engañosamente, de manera que gela hobiese á vender; decimos que tal vendita como esta se puede desfacer, et non vale, quier sea fecha por menos de lo que vale quier non (...)

399P. 5, 5, 60: «Establesciendo un homé á otro por su personero en todas sus cosas, si entre tanto que este atal fincase en la personería le estableciese el otro por su heredero non lo sabiendo él, si acaesciese que se moriese aquel que lo habie establecido por su personero et por su heredero, et algunt su siervo vendiese de los bienes del finado alguna cosa á otro, tal vendita como esta non valdrie, et poderla hie desfacer el heredero quando quier qué lo sopiese ante que la cosa fuese pasada á poder del comprador».

400P. 5, 11, 28: «Cómo la promisión que es fecha por miedo, ó por fuerza ó por engaño, non debe valer. Por miedo, o por fuerza o por engaño quel feciesen prometiendo un home a otro de dar o de fazer alguna cosa, maguer se obligue so cierta pena jurando de complir lo que promete, decimos que non es tenu-do de complir la promisión nin de pechar la pena[...]

401Con razón dicen DELGADO y PARRA que: «*en el Derecho común se distinguió, principalmente (tratando de poner orden en la muy compleja terminología de las fuentes), entre los actos nulos y los rescindibles, incluyendo en estos últimos aquellos que, por cualquier causa, pueden ser atacados por determinado sujeto, sin lo cual producen desde luego plenos efectos. Por estos cauces discurrirá la doctrina castellana antigua*» (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades...*, ob. cit. p. 52). En el mismo sentido, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 498.

5,5,38 respecto de los negocios intervivos⁴⁰² como en la P. 6,9,32 respecto de los negocios mortis causa⁴⁰³ y fue recogida, en diversos supuestos, en la Novísima Recopilación de las Leyes de España⁴⁰⁴. Nulidad también inconvaleable por regla general si bien existieron supuestos aislados de conversión del negocio nulo⁴⁰⁵.

A la vista de la evolución expuesta tenemos que en el proceso de recepción del derecho común en España ocurrió lo mismo que había sucedido en el resto de la Europa influida por la escuela de los glosadores y postglosadores: claros perfiles de lo que hoy llamaríamos nulidad de pleno derecho por acto *contra legem* y clara indefinición y arbitrariedad terminológica de lo que hoy llamaríamos anulabilidad que se confunde, en muchos casos, con la rescisión.

En el derecho posterior justamente anterior a la redacción del Código civil se mantendrá la confusión. Así, señalará GORDILLO que en la NsRec, al igual que en el Code, se confunden rescisión y nulidad⁴⁰⁶ añadiendo que «*ni el corpus doctrinal precodicial estaba suficientemente elaborado y fraguado, ni el Código logró por sí mismo la*

402P. 5, 5, 38: «Postura ó pleyto que ponen entre sí el vendedor et aquel que compra la cosa del, solo que non sea contra las leyes deste nuestro libro nin contra buenas costumbres, debe seer guardado». Idea reiterada en P. 5, 11, 28 *if.*: «Otrosí decimos que todo pleyto que es fecho contra nuestra ley o contra las buenas costumbres, que non debe seer guardado, maguer pena ó juramento fuese puesto en él».

403P. 6, 9, 32: «Non puede ningunt testador facer manda en ninguna manera que por el derecho de las leyes deste nuestro libro non deba seer judgada; et por ende maguer él defendiese señaladamente que ninguna ley nin ningunt derecho non podiese contrastar nin embargar la manda que facie, con todo eso si la ficiere contra derecho ó como non debe en alguna manera, non valdrá, et debe seer revocada et judgada por las leyes deste nuestro libro...».

404Así, con razón, señala GORDILLO CAÑAS (en «Nulidad, anulabilidad...», ob. cit. pp. 943 944) que las fuentes reunidas en la NsRec recogen supuestos de nulidad absoluta resultante de la violación de ley imperativa caracterizando dicha invalidez en algunos casos p. ej. como una nulidad imprescriptible y automática. Así, sucede en la donación o enajenación contra legem de pueblos, aldeas, términos o jurisdicciones ya que se estableció que «*todas las ciudades, y villas y lugares que el Rey tenía y poseía, y las fortalezas y aldeas, y términos e jurisdicciones de su natura fuesen inalienables, y perpetuamente imprescriptibles, y permaneciesen y quedasen siempre en la Real Corona de sus Reynos*» de modo que si excepcionalmente («*por alguna gran urgente necesidad, por razón de grandes y leales servicios que alguno le hiciese, o en otra manera*») el Rey quería enajenarlos o donarlos debían cumplirse unos estrictos requisitos legales cuya infracción daba lugar a que la enajenación no tuviese «*ningún valor y efecto, y el donatario ó sus sucesores herederos no pudiesen por tal titulo adquirir ni ganar los tales bienes, ni á ellos pudiese pasar el señorío y posesión, y por ningún curso ni lapso de tiempo lo pudiesen prescribir, mas siempre quedasen y fincaren en la Corona Real, y de ella no se puedan apartar*» (así, NsRec. Libro 3, Tit. 5, Ley 8). También, en los supuestos de infracción de la prohibición de vender y empeñar a extranjeros los navíos de naturales de estos Reynos sin carta de licencia del Rey, se contiene un supuesto de nulidad apreciable de oficio («*y mandamos a todas las nuestras Justicias, so pena de privación de sus oficios, y de ser inhábiles para tener otros, que executen las penas suso dichas contra los que contra ello pasaren, y nos lo hagan saber*») sancionado con el comiso de la nave vendida y del precio recibido (NsRec. Libro 9, Tit. 8 Ley 9). Por último, y sin pretensiones de exhaustividad, también se establecía expresamente una nulidad en caso de infracción del fuero de Córdoba que prohibía que sus vecinos, sin licencia del Rey, vendieran o donaran heredad a una Orden que no fuera la Catedral de Santa María de Córdoba. El incumplimiento de esta prohibición conllevaba que «*la Orden que la recibiere comprada o donada, piérdala, y el vendedor pierda los dineros, e háyanlo sus parientes*» y, asimismo, dicha infracción conllevaba la pérdida de oficio a los escribanos que autorizaran dichas escrituras y la declaración de nulidad de los instrumentos y enajenaciones (NsRec. Libro I, Tit. 5, Ley 21).

405Señala VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Donación...» ob. cit. pp. 1304-1306 como supuestos más importantes de conversión material en nuestro derecho histórico: la conversión del testamento sustancialmente nulo en codicilo y de la institución de heredero en fideicomiso impuesto los herederos legales; la validez como legado de la donación *mortis causa* directa y de primer grado, nula por defecto de aceptación; la conversión en legados de las donaciones *inter vivos* a favor de ausentes, otorgadas sin intervenir nuncio ni epístola pero con las solemnidades requeridas para las últimas voluntades y, sobre todo, la confirmación *mortis causa* de las donaciones intervivos sustancialmente nulas que, como vimos, otro sector consideran una forma de convalidación y no de conversión.

406GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 238.

*formación de una doctrina que inmediatamente lo explicara en un sentido unívoco y pacífico»*⁴⁰⁷.

2.1.2.4 Breve referencia a Francia

En el SXVI los autores consuetudinarios franceses en su reacción frente al derecho romano, derecho que consideraban inflexible y poco respetuoso con el sentimiento nacional francés⁴⁰⁸, se proponen la abolición de la terminología romana como medio de nacionalizar la institución de la nulidad⁴⁰⁹. Y así redenominaron la romana «*nulidad ab initio*» con una serie de adjetivos: «*precisa y perpetua*»⁴¹⁰; nulidad «*ex publicis causis*»⁴¹¹, nulidad de derecho⁴¹² o «*precisa y absoluta*»⁴¹³. Dicha nulidad se caracterizaba por su carácter imprescriptible⁴¹⁴ por precisar un procedimiento judicial de declaración de la nulidad⁴¹⁵, pero principalmente, herencia de BARTOLO, se caracteriza por defender un interés general (contravención de Ley, costumbres o buenas costumbres)⁴¹⁶. Por su parte, renombrarán la nulidad relativa con un término confuso: *nulidad causativa*, llamada así porque «*cesa cuando la causa de ella cesa*»⁴¹⁷ que se caracterizaba por prescribir⁴¹⁸ y proteger un interés privado o particular: el de la persona o categoría de personas a cuyo favor se concede la prohibición⁴¹⁹.

Finalmente, en el siglo XVIII, a las puertas de la codificación, el sistema de las nulidades, como señala GORDILLO⁴²⁰, está ya definitivamente fijado en Francia de acuerdo con el siguiente esquema:

A) La nulidad, consecuencia de la infracción de ley prohibitiva de interés público, se llamará, recogiendo la expresión de Coquille, «*nulidad absoluta*»⁴²¹. Al fundarse en el interés público, todos podrán hacerla valer, es imprescriptible y es insubsanable⁴²². Procesalmente, requiere un procedimiento judicial de declaración de la nulidad (por lo que, entiende LUTZESCO, no puede decirse, tampoco actualmente, que la nulidad

407GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 953.

408LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 134 y 163.

409Ibíd. p. p. 136.

410DUMOULIN *Commentaire de l'ancienne coutume de Paris*, sobre el Art. 114; *Coutume de Sens*, sobre el art. 110; *Coutume de Poitou*, sobre el art. 225 todos ellos cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 136 n. 158.

411D'ARGENTRÉ *Commentarii in Patria Britonum leges*, sobre los Arts., 214, 264 y 283 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 136 n. 159.

412JAN IMBERT: *Enchiridion, ou brief recueil de droit écrit, gardé et observé en France* (Poitiers 1559), p. 86. cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 136 n. 160.

413GUY COQUILLE *Questions et réponses sur les Coustumes de France*, q. C. cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 136 n. 161.

414LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 141.

415Ibíd. pp. 141-142.

416Ibíd. pp. 137, 140, 141 *et passim*.

417Ibíd. pp. 136 n. 162. No obstante, como señala LUTZESCO (ob. cit. pp. 142-143) a dicha nulidad causativa D'ARGENTRÉ la llamará «nulidad respectiva» término que hará fortuna durante todo el S XVIII. Vide más ampliamente LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 142 -145; GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 240.

418LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 141 y 143.

419Ibíd. pp. 142 y 143.

420GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 240.

421Más ampliamente sobre el significado del término «*absoluta*» LUTZESCO G.: *Teoría*, ob. cit. p. 153.

422Ibíd. p. 154. Sobre el carácter imprescriptible señala que dado que la nulidad absoluta y la ley son la expresión del poder público la duración de una y otra es ilimitada ya que tienen por fin defender el interés de la sociedad (ibíd. p. 162).

absoluta sea de pleno derecho⁴²³) sin que sea necesario obtener cartas de rescisión⁴²⁴.

B) La nulidad que protege un interés privado se denomina nulidad respectiva o relativa. Dicha nulidad solo puede invocarse por el favorecido por la nulidad, es susceptible de confirmación y prescribe la acción (no así la excepción) teniendo efecto restitutorio semejante al de la *restitutio in integrum* romana y, finalmente, en cuanto al procedimiento de anulación, tratándose de nulidades de origen consuetudinario se establece la acción de nulidad propiamente dicha que no necesita carta de rescisión: por el contrario, tratándose de nulidades de derecho romano se da la acción de rescisión siendo preciso carta de rescisión⁴²⁵.

No obstante, la doctrina francesa del periodo monárquico (SXVI -XVIII) y el Code, en 1804, siguen confundiendo rescisión y anulabilidad⁴²⁶. Así, señalará el artículo 1117 del Code, mezclando rescisión y anulabilidad, que: «*el acuerdo contraído por error, violencia o dolo, no es nulo de pleno derecho; da lugar solamente a una acción de nulidad o de rescisión, en el caso y en la manera explicados en la sección VII del capítulo V del presente título*»⁴²⁷ Y dicha Sección 7ª, Capítulo 5, título 3 del Libro 3 del Code incurrirá en idéntica sinonimia y confusión al regular, en ubicación criticada por la misma doctrina francesa⁴²⁸, dentro «*de l'extinction des obligations*»⁴²⁹ la «*l'action en nullité ou en rescision des conventions*» (arts. 1304-1314). Confusión especialmente grave en un Código vinculado a la Escuela de la Exégesis que proclamaba un positivismo legalista de raíz iusnaturalista que había sacralizado la obra del legislador a quien consideraba omnisciente y justo⁴³⁰; a una Escuela de la Exégesis en la que los

423Ibíd. p. 270; en el mismo sentido pp. 361, 365 *et passim*.

424Ibíd. p. 161.

425Ibíd. pp. 160-161.

426Destacan dicha confusión entre instituciones existente en derecho histórico francés, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 518; GARCIA AMIGO, M.: *Instituciones...*, ob. cit. pp. 865-866; LUTZESCO, G. cit. *passim* y especialmente pp. 160-162; GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia vician-te...», ob. cit. p. 238 y MORENO QUESADA, B.: «De la rescisión de los contratos» en *Comentarios...* T. XVII, Vol. 2º., ob. cit. [2ª ed.]. Dicha confusión se reflejará en el Code y así señalaba GARCÍA GOYENA que: «*No es menos confuso e impropio el lenguaje del Código Francés. En los artículos 1109, 1111 y 1116 declara la nulidad, cuando interviene error, violencia o dolo; y luego añade en el 1117 que la convención no es nula de pleno derecho, sino que da lugar a una acción en nullité, ou en rescission, haciendo sinónimas estas palabras, como las hace también en el epígrafe de la sección 7, título 3, libro 3*» añadiendo más adelante este autor que «*causa asombro leer en el Discurso 59, al explicar el artículo 1117, relativo a los casos de error, violencia o dolo: "El contrato no es nulo de pleno derecho; es necesario que sea rescindido, es decir, declarado nulo por el juez" como si no fuera necesario -exclama García Goyena- declaración judicial en toda causa de nulidad habiendo de haber alegación de un hecho y contradicción respecto de él, o del derecho!*» (en *Concordancias...*, ob. cit. pp. 176 -177).

427Article 1117 Code de 1804: «*La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre*».

428LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 367.

429Nótese que la acción de nulidad o rescisión se regula dentro de la extinción de las obligaciones luego presupone una obligación válida que se extingue lo que incide en la confusión entre rescisión -que actualmente podríamos definir como ineficacia de obligaciones válidas- y anulabilidad -ineficacia de obligaciones inválidas.

430Como señala ROBLES, a pesar de la frecuente confusión, no cabe identificar positivismo jurídico con positivismo legalista porque este último es una forma de iusnaturalismo que presupone un legislador omnisciente y justo y sacraliza la obra del legislador -la ley- al considerarla como expresión de la justicia (concepto -el de justicia- extraño a la concepción estrictamente positivista) (ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho*, Vol. II ob. cit. p. 95 y 98; del mismo autor, *Introducción...*, ob. cit. p. 83-84 y 115; del mismo autor, *Teoría del derecho*, Vol. III ob. cit. pp. 232, 244, 252 *et passim*). Una crítica al positivismo legalista realizada por la filosofía jurídica hermenéutica de Kaufmann y Esser puede verse en RODRIGUEZ PUERTO, M «La hermenéutica jurídica y la crítica a la concepción legalista del derecho» en *Ordenamiento y Sistema en el Derecho* Dir. MEDINA MORALES, D. Ed: Tirant lo Blanch 1ª ed., pp. 95-106.

jueces, que en expresión de MONTESQUIEU eran «*la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*»⁴³¹, no podían interpretar la ley sino simple y mecánicamente aplicarla de acuerdo con la lógica del silogismo⁴³² porque se suponía que el derecho podía ser conocido de modo unívoco por cualquier persona simplemente leyendo la ley⁴³³.

2.1.3 El proyecto de 1851 y el Código civil

En España, el proyecto de 1851 corrigiendo la sistemática del Code, distingue rigurosamente las figuras de la nulidad (art. 1.184 que hoy se consideraría anulabilidad o nulidad relativa provocada⁴³⁴) y de la rescisión (art. 1.165)⁴³⁵. GARCÍA GOYENA justificará dicha corrección y distinción criticando, como vimos, el Código Napoleónico por su imprecisión de lenguaje y por no regular la nulidad aparte de «*la rescisión de las obligaciones válidas*» aunque, por otro lado, considera, dicho autor, que los resultados de la rescisión y de la nulidad «*vienen a ser casi iguales*»⁴³⁶.

Por su parte, el Código civil seguirá el Proyecto de 1851, dedicando los artículos 1290 a 1299 a la rescisión de los contratos válidamente celebrados y los artículos 1300 a 1314 a «*la nulidad de los contratos*»⁴³⁷. A pesar de esta última expresión en realidad el Código civil se refiere en dichos artículos 1300 y ss, según doctrina y jurisprudencia unánime, a la anulabilidad, categoría que se construye, dicen DELGADO y PARRA, entre nosotros por la doctrina, tras la publicación del Código civil, sobre la base de sus artículos 1300-1314⁴³⁸. Por su parte, como añadirán estos autores, la nulidad de pleno derecho es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal, con fundamento, desde 1974, en el art. 6.3 CC (antes, art. 4 CC)⁴³⁹.

2.1.4 La Pandectística o jurisprudencia de conceptos

Como reacción frente al racionalismo y antiromanismo de la Escuela del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII⁴⁴⁰; como reacción frente al movimiento codificador

431MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. p. 237.

432ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho...*, Vol. II ob. cit. p. 92.

433MARTINEZ MUÑOZ, J. *El conocimiento...*, ob. cit. p. 31. La Escuela de la Exégesis «*proponía una aplicación literal del texto de la ley, para cuyo conocimiento bastaba la simple exposición de la misma, artículo por artículo y la mera memorización como expresión de virtuosismo jurídico*» (ibíd p. 31)

434Y ello porque se establecía que podía reclamarse en plazo de 4 años (art. 1184), limitaba la legitimación activa en términos similares al actual art.1302 CC (art. 1186) y era ratificable -el Proyecto habla de ratificación y no, como el CC actual, de confirmación- bajo determinadas circunstancias (art. 1187).

435DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 498; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A. *Las nulidades...*, ob. cit. p. 52. Dicho Proyecto contenía especialidades distintas para la rescisión por fraude a los acreedores según la enajenación onerosa recayera sobre inmuebles (art. 1177) o muebles (art. 1178). Más ampliamente sobre dicho Proyecto de 1851 y su regulación de la validez, nulidad y rescisión puede verse en MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 118-127.

436GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias...*T. III, ob. cit. pp. 194 y 198.

437No obstante, el CC se apartará del Proyecto de 1851 en algunos extremos. Así, como destaca GORDILLO, nuestro Código dedica el art. 1310 a la confirmabilidad de los contratos no prevista en el Proyecto de García Goyena. Dicho precepto se considera nuevo, y tiene su precedente en el Avant-projet de Laurent y en el art. 1323 del Anteproyecto de 1882-1888 (art. 1323) (GORDILLO CAÑAS, A.: «*Violencia viciante...*», ob. cit. p. 254).

438DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 52.

439Ibíd. p. 47

440La Escuela del Derecho Natural racionalista, que propone la existencia de un derecho natural desvinculado de Dios y cuyo contenido puede elaborarse racionalmente mediante sucesivas operaciones lógico deductivas, desprecia el Derecho romano por cuanto el mismo es un producto de la historia, no necesariamente de la Razón (BERNAD MAINAR, R.: «*La Pandectística alemana...*» ob. cit. pp. 16-17). Frente a ello la Escuela Histórica del Derecho representa una reacción contra ese sentimiento de pérdi-

francés y el dogmatismo racionalista de los Ilustrados, y su trágica consecuencia: la Revolución francesa⁴⁴¹, pero también como reacción frente a los vertiginosos cambios que tuvieron lugar en la sociedad de finales del S XVIII y principios del XIX⁴⁴² aparece en Alemania, sobre la base del romanticismo irracionalista, la Escuela Histórica del Derecho cuyo máximo exponente fue Savigny, quien opone frente al iusnaturalismo su concepción histórica, y opone, frente a la concepción racionalista del derecho, su concepción orgánica del mismo que sería un producto espontáneo de la convivencia⁴⁴³. Y así Savigny, en su madurez⁴⁴⁴, con su obra «*Sistema del Derecho Romano actual*», aspira también a la creación de un derecho vigente sobre la base del Derecho Romano⁴⁴⁵.

La Escuela histórica del derecho se divide, a partir de 1840, en un ala germanista (Eichhorn, Grimm, Beseler, Gerber o Gierke) cuyos seguidores entendían que el verdadero Derecho alemán era el Derecho germánico de modo que el Derecho romano era un Derecho extranjero que había impedido el desarrollo del Derecho germánico, y en un ala romanista (integrada por Hugo, Savigny, Puchta) que consideraba, por sorprendente que pudiera parecer, que el verdadero derecho alemán era el derecho romano⁴⁴⁶ e intenta depurar el Derecho romano suprimiendo los elementos extraños a él que lo tergiversaban, entresacando de sus textos principios universales. Dentro de este ala romanista a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX surgen dos visiones: los que atienden a una visión netamente histórica del derecho romano (el neohumanismo jurídico en el que destacan grandes historiadores jurídicos como Mommsen, Otto Lenel, Heinrich Mitteis etc.) y los que atienden a otra más dogmática del derecho romano, la Pandectística, orientada a la aplicación práctica de sus normas. A esta última nos referiremos a continuación.

da de la fe en la fuerza vinculante incondicional del Derecho romano, motivada por el iusnaturalismo racionalista y pugna por recuperar la influencia y prestigio de aquel (ibíd. p. 21).

441 Como señala BERNAD MAINAR, Savigny «fiel defensor de la idea de Imperio, rechaza abiertamente la Revolución francesa por haber abanderado el Derecho natural, al que denosta, por no haber respetado la verdadera tarea del jurista, consistente en el estudio de lo dado con anterioridad a los fines de construir el Derecho positivo» (BERNAD MAINAR, R.: últ. ob. cit. p. 22).

442 Como señala LLOREDO ALIX la mentalidad historicista surge, entre otras causas, del sentimiento de inestabilidad e inseguridad provocado por los súbitos cambios políticos y socio-económicos del SXIX por lo que «*el refugio en la historia era casi ineludible: por mucho que el mundo avance de forma imparable, siempre nos quedará la certeza de que somos el resultado de una cadena de sucesos que nos enlaza de modo orgánico con nuestros antecesores, y que nos proyecta hacia el porvenir con el apoyo que nos otorga la historia compartida*» (LLOREDO ALIX, L.: «Rudolf...» ob. cit. pp. 234-235).

443 DUPLA MARIN, M^a.T.: «La recepción del derecho romano...», ob. cit. p. 279.

444 Al igual que puede hablarse de un primer y segundo Ihering puede hablarse de un primer y segundo Savigny. El «*juven Savigny*» adopta un positivismo legalista mientras que el Savigny maduro «*hizo del derecho consuetudinario la forma fundamental de manifestación del Derecho y elevó el espíritu del pueblo (volkgeist) a categoría cuasi metafísica explicativa en último término no solo del derecho sino de cualquier realidad socio cultural*» (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría... Vol. II* ob. cit. p. 96).

445 El Derecho romano ya era derecho vigente en el Sacro Imperio Romano Germánico, aunque sin la sistematización a la que fue sometido en el SXIX, en un proceso de recepción que comenzó con el descubrimiento de los textos justinianos por Irnerio (S XI) y que se fue desarrollando durante los siglos siguientes (sobre la recepción del derecho romano en el Sacro Imperio Romano Germánico vide BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. p. 4 a 9).

446 Como señala ROBLES la justificación de dicha sorprendente afirmación (el derecho romano es el verdadero derecho alemán) es la siguiente: «*Los juristas alemanes forman un cuerpo de especialistas en Derecho que, además, representan -por decirlo así- al pueblo alemán. Saben, mejor que la gente corriente, lo que es el Derecho, y dentro de ello, lo que es el Derecho alemán en sus más puras esencias. Ahora bien-, el Derecho de Roma representa la ratio scripta, la «razón escrita» (...). Alemania, como entidad descendiente de las esencias de la civilización, toma sobre sus espaldas la herencia recibida -y eso significa la recepción del Derecho romano- porque en esa herencia y en ese Derecho encuentra su verdadero modo de ser en el mundo histórico. Por eso, el verdadero Derecho del pueblo alemán es el Derecho romano*». (en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del Derecho... vol. II*, p. 94).

La Pandectística⁴⁴⁷, aunque en muchísimos aspectos es heredera de la Escuela Histórica del Derecho tienen perfiles propios que la diferencian. En primer lugar la Pandectística se va separando paulatinamente del espíritu del pueblo defendido por Puchta⁴⁴⁸ pero, además, mientras Savigny, como vimos, se muestra contrario a los postulados iusnaturalistas, los Pandectistas aceptan una concepción iusnaturalista del Derecho por la cual el ordenamiento jurídico presenta «una configuración muy similar a la de un sistema matemático comprensivo de conceptos universalmente válidos como base de la verdadera ciencia jurídica, que debía ir más allá de la mera tarea de conservar el Derecho romano como si de una pieza de museo se tratara a los fines de influir en la construcción del Derecho positivo»⁴⁴⁹, de modo que «la Pandectística alemana representa el punto de enlace entre la corriente iusnaturalista e historicista de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX»⁴⁵⁰. La Pandectística, cuyos representantes más relevantes son, entre otros, Alois von BRINZ (1820-1887), Karl Adolph von VANGEROW (1808-1870), Heinrich DERNBURG (1829-1907), el primer IHERING (1818-1892), y, sobre todo, Bernhard WINDSCHEID (1817-1892)⁴⁵¹ alcanzará su más alta expresión, con la publicación, el 1 de enero de 1900, del BGB -Bürgerliches Gesetzbuch- alemán, en el que ejerció enorme influencia el máximo exponente de la Pandectística -Windscheid-⁴⁵² pero cuya versión final es también fiel al derecho germánico gracias a la influencia del ala germánica de la Escuela⁴⁵³ y que, como veremos, aborda el régimen de las nulidades⁴⁵⁴.

447La voz que designa al movimiento –*Pandectae*- deriva del término griego homónimo (Digestum en latín) y muestra que los integrantes de esta escuela pretendían estudiar directamente las fuentes romanas justinianas, principalmente el Digesto, para crear una ciencia jurídica.

448BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. p. 41.

449Ibidem. p. 41.

450BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. p. 59. Por su parte, señala ROBLES que la jurisprudencia de conceptos solo puede calificarse de iusnaturalista en el sentido de que no hay una estricta separación entre el ser y el deber ser y ello porque el deber ser de las normas es derivable directamente del ser del concepto ya que para la Pandectística lo que una determinada institución es, lo expresa clara y exhaustivamente el concepto de modo que este responde a la propia "naturaleza" de las cosas. Hallado el concepto, es fácil derivar las normas que regulen la institución que él describe, ya que dichas normas no provienen de una voluntad arbitraria, que se impone por encima de la naturaleza de las cosas expresada en los conceptos, sino que son la expresión normativa del concepto mismo. Pero, al contrario que el iusnaturalismo, la Pandectística centrará exclusivamente su análisis conceptual en el Derecho positivo por lo que, metódicamente, dicha escuela se sitúa en el tránsito teórico existente entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. No trata de investigar los contenidos de una justicia supuestamente objetiva, sino que persigue tan sólo reflejar el orden jurídico positivo por medio de los conceptos (ROBLES MORCHON, G.: *Introducción...*, ob. cit. pp. 84-85).

451La obra más importante de B. Windscheid fue su *Tratado del Derecho de Pandectas* (Lehrbuch des Pandektenrechts), dividido en tres tomos (publicados respectivamente en 1862, 1865/66 y en 1870) en el que recopila, sintetiza, sistematiza y organiza el Derecho de Pandectas.

452Sobre esta participación más ampliamente SANTA CRUZ TEIJEIRO, J.: «La colaboración de Windscheid en el Código Civil alemán», en *RCDI* 5 (1929) pp. 610 – 615 donde destaca como Windscheid fue nombrado miembro de la primera comisión que recibió el encargo de redactar el BGB, comisión que abandonó en 1883 por considerarlo incompatible con su cargo de profesor universitario, si bien -aún después de dicho abandono- siguió influyendo en los trabajos de dicha Comisión al adoptarse el método que aconsejó para tratar las cuestiones jurídicas.

453BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. p. 59, 73 - 74)

454El BGB, señala GORDILLO, resultado inmediato de la ingente obra de los pandectistas alemanes del siglo XIX aborda el régimen de nulidades, sin constituir un capítulo específico, «en sede de negocio jurídico —incapacidad y declaración de voluntad— con un marcado interés por cualificar formas de ineficacia y de concretar el modo de su funcionamiento». “Nula será, en efecto, sigue diciendo GORDILLO, la declaración de voluntad emitida por un incapaz, o en situación de inconsciencia o perturbación mental transitoria (§ 105), mientras que la eficacia de la declaración del menor de edad, mayor de 7 años —y de los a él equiparados (§ 114)— dependerá de la ratificación de su representante (§ 108). Nula es la declaración simulada (§ 117), así como la iocandi causa (§ 118), mientras que será simplemente impugnabile la errónea (§119) o erróneamente transmitida (§ 120), o la obtenida por dolo

La Pandectística se propuso «*la sobrehumana tarea de someter a sistema las decisiones casuistas de los textos romanos*»⁴⁵⁵ y ahormar el Derecho romano a una estructura dogmática sistematizada. Para ello encarga al jurista la elaboración dogmática de un sistema iusprivatista acudiendo al método inductivo extrayendo nociones generales y abstractas a partir de los textos del Digesto. Así, la Pandectística, desde posiciones fuertemente formalistas, elaboró partiendo de los textos romanos, como si se tratara de un laboratorio de química⁴⁵⁶, conceptos jurídicos puros mediante la denominada por Ihering «*jurisprudencia superior*» que pretendía destilar conceptos jurídicos generales implícitos en la materia “bruta” para, a partir de dichos conceptos puros, deducir, sintetizar o crear nuevas normas. Dicha escuela parte de la plenitud del derecho donde no habrá lagunas ni ambigüedades porque, una vez elaborados por el científico teórico del derecho por inducción de los textos romanos los conceptos generales, cabrá derivar de los mismos por simple deducción lógica conceptos particulares. De la perfección de los conceptos derivarán también la consecuencia de que la función del juez es mecánica porque el juez no tiene que interpretar la ley, sino simplemente aplicar, como si de una operación matemática o lógica se tratara, los conceptos jurídicos.

El Derecho Civil tiene un enorme deber de gratitud con el movimiento de Pandectas hasta el punto de que se ha calificado, con fortuna, a la Pandectística alemana como «*la columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*»⁴⁵⁷ y a la teoría del negocio jurídico como «*el verdadero testamento del movimiento de Pandectas*»⁴⁵⁸, si bien dicha deuda no ha de hacernos olvidar una serie de críticas que la Pandectística merece entre las que destaca, entre otras, su alejamiento y desvío, en algunos casos concretos, del derecho romano que pretendía, por inducción, sistematizar⁴⁵⁹; su excesivo conceptualismo (el «*cielo de los conceptos jurídicos*» alejado de los problemas diarios sobre el que ironizaba Ihering⁴⁶⁰); su abstracción y formalismo e, incluso, una tendencia al inmovilismo

o intimidación (§ 123). Nulo será el negocio carente de forma necesaria (§ 125) y el celebrado contra una prohibición legal (§ 134). Sin embargo, el acto dispositivo realizado en contra de una prohibición de enajenar que sólo persiga la protección de determinadas personas será sólo relativamente ineficaz (§ 135). Nulo será el negocio que choque contra las buenas costumbres y, en especial, será nulo aquel por el que alguien, explotando a otro, se procure ventajas excesivas (§ 138). Aparte detalles de legitimación y plazos en los casos antes referidos, se prestará atención a la posibilidad de una nulidad sólo parcial (§ 139), a la posible conversión del negocio nulo (§ 140) o a la posibilidad táctica de su confirmación, que se entiende como nueva celebración (§ 141). La eficacia del contrato celebrado a nombre de otro por quien carece de poder, para y contra el representado, depende de su ratificación (§177), en forma parecida a como la eficacia de la disposición de un no titular depende del consentimiento de éste, de su ratificación, o de que el disponente adquiriera el objeto (§ 185)» (en GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 948-949).

455DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 529 n. 2

456Así, por lo que atañe a uno de los principales representantes de la jurisprudencia de conceptos, el «*primer Ihering*», no es casual la constante alusión en las obras de su primera fase a las referencias extraídas de la química de modo que, como resume LLOREDO ALIX, el primer Ihering señalará que «*A través de un proceso sucesivo de análisis, concentración y construcción, se irían individualizando las formas jurídicas esenciales, el “alfabeto jurídico” mediante el cual podía darse cuenta del sistema en su conjunto. Y no solo eso, sino que además podría sintetizarse nueva materia jurídica: si conocemos el fundamento interno del sistema, sus elementos nucleares –y la analogía con la química debe tomarse en sentido literal–, entonces siempre será posible decantar nuevos conceptos, nuevas normas e instituciones*» (LLOREDO ALIX, L.M.: *Ideología y filosofía...*, ob. cit. p. 441).

457BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» pp. 1-80.

458BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. p. 62

459La Pandectística nos presenta «*un Derecho romano inexistente en época alguna, sustentado en pilares muy dispares cronológicamente, convertidos por el influjo de una sistemática obsesiva en contemporáneos*» (BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística...» ob. cit. p. 68) construyendo conceptos propios con un lenguaje preciso y refinado, «*sobre la base de los textos justinianos, pero ajenos en puridad al Derecho justiniano, aunque no incompatibles con él, pues fueron intuitos por su través*» (ibid. p. 53)

460VON IHERING, R.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 1987, pp. 215-264.

legislativo que permitirá mantener situaciones de injusticia social⁴⁶¹. Por razones obvias en esta tesis no podemos entrar en la exposición de dicha teoría general del negocio jurídico⁴⁶², pero sí nos fijaremos en una parte de la misma: la teoría de la invalidez del negocio jurídico en el seno de la cual la Pandectística, tomando como base la compilación justiniana, realizará un esfuerzo de abstracción y construcción sistemática que recogiera los viejos principios informadores y aclarara, a la luz de dichos principios, el sistema jurídico entero en cada uno de los casos⁴⁶³. En primer lugar, diferenciará invalidez («*Ungültigkeit*») de ineficacia *stricto sensu* («*Unwirksamkeit*») y, en segundo lugar, dentro de la invalidez, distinguirán nítidamente la nulidad (*Nichtigkeit*) de la impugnabilidad o anulabilidad (*Anfechtbarkeit*)⁴⁶⁴. En efecto, si bien Savigny, exponente máximo de la Escuela Histórica de la cual la Pandectística no es sino su epígono, ya distingue en su «Sistema» entre invalidación completa o nulidad que «*es aquella que quita toda la eficacia al acto jurídico, y por consiguiente, que es igual en extensión y poder al hecho que destruye*»⁴⁶⁵ e invalidación parcial en el que la relación de derecho es vulnerable y que existiría cuando la invalidación procede de la voluntad del hombre pues, si este no revela su intención de atacar el acto interponiendo la correspondiente acción, «*la relación jurídica originaria conserva toda su eficacia*»⁴⁶⁶, lo cierto es que el concepto de invalidez como situación jurídica distinta de la ineficacia aparece formulado por primera vez por Windscheid⁴⁶⁷ quien afirmará que: «*inválido es aquel negocio jurídico, el cual no responde a todos los requisitos de derecho, no vale para el derecho, o sea, aquel al cual el derecho no acuerda la fuerza de producir aquella conformación de las relaciones a las cuales se dirige. Entonces, el concepto de la invalidez es más restringido de aquel de la ineficacia; un negocio jurídico puede ser ineficaz, también sin que de su defecto quede paralizada su potencia*»⁴⁶⁸. Resaltará, por otro lado, este autor que la

Tal fue el alejamiento de los pandectistas de la vida diaria, que el jurista Josef Kohler (1849-1919) llegó a decir del máximo exponente de Pandectismo -Windscheid- que «*vivió siempre en la esfera de la abstracción pura y alejado de la palpitante vida del derecho*» (cit. por SANTA CRUZ TEIJEIRO, J.: «La colaboración de Windscheid...», ob. cit. p. 611).

461BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. pp. 67 a 69

462Resaltan la transcendencia de los pandectistas alemanos en la elaboración de la categoría científica del negocio jurídico, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 20, 23, 70, 293, 529 n.2 *et passim*; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 611; BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana...» ob. cit. pp. 53, 62, 73 *et passim*. Mas concretamente resaltando la influencia de la Pandectística en la categoría de la ineficacia cfr. CASAS LEÓN, M.E. *De inutilibus...*, ob. cit. p. 18; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. pp. 13 y 14; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 948-949; PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 50-55.

463Con razón, la doctrina romanista ha podido señalar que únicamente con la Pandectística se conseguirá alcanzar la sistematización de la nulidad negocial (CASAS LEON M.E. *De inutilibus...*, ob. cit. p. 9) de modo que «*la construcción sistemática de diversas patologías del acto jurídico se remonta sólo a la Pandectística, en el contexto de los estudios realizados sobre el tema del negocio jurídico, a pesar de que sigue los pasos del derecho romano*» (BAURA DE LA PEÑA, E.: «Il sistema delle invalidità (inesistenza e nullità, annullabilità e rescindibilità) dell'atto giuridico» in AAVV *L'atto giuridico nel diritto canonico*. Ciudad del Vaticano. 2002, pp. 121-141) o, en fin, que el dato histórico en materia de invalidez es de escasa utilidad y el intento sistematizador sólo comienza con la elaboración de la Pandectística en el marco del estudio del negocio jurídico (TOMMASINI, Raffaele: en la voz «Nullità (dir. priv.)» en *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII (Nego-Nunz). Giuffrè Editore. Italia 1978, p. 867, cit. por GORDILLO CAÑAS, A. «Nulidad...», ob. cit. p. 941).

464PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 50

465SAVIGNY: *Sistema...*T. 3. ob. cit. p. 348.

466SAVIGNY: *Sistema...*T. 3. ob. cit. pp. 349-350.

467Destacan dicha procedencia y paternidad de la distinción, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 463; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 612; BRUNET, A.Mª.: *La relevancia canónica del matrimonio civil a la luz de la teoría general del acto jurídico: contribución teórica a la experiencia jurídica chilena*. Ed. Gregorian Biblical BookShop, 2002, p. 198.

468Señala WINDSCHEID: «*Invalido è quel negozio giuridico il quale, poiché non risponde a tutti i requisiti di diritto, non vale pel diritto, ossia quello al quale il diritto non accorda la forza di produrre quella conformazione dei rapporti, cui esso intende. Il concetto della invalidità quindi è più ristretto di*

invalidez se debe a circunstancias intrínsecas al negocio: «*el uso del lenguaje llama inválido especialmente aquello, que no se reconoce, aunque aspire a ser reconocido. En todo caso, no pueden recogerse bajo el concepto de invalidez aquellos casos en los cuales la ineficacia del negocio jurídico no tiene su razón en el negocio mismo, sino en un hecho que concierne al efecto (aquello que viene producido), sin tocar el negocio jurídico (la fuerza productiva)*»⁴⁶⁹.

En todo caso, como resalta PASQUAU LIAÑO, lo verdaderamente relevante de la Pandectística es que la distinción entre nulidad y anulabilidad no fue solo conceptual sino que se distinguió nítidamente el régimen jurídico de la nulidad y de la anulabilidad construyéndose «*dos regímenes de invalidez perfecta y rígidamente diferenciados*»⁴⁷⁰ en relación a las grandes cuestiones de legitimación -absoluta en la nulidad y limitada a la persona protegida en la anulabilidad-, convalidación -no convalidable ni confirmable en la nulidad y convalidable y susceptible de confirmación en la anulabilidad-, prescripción -imprescriptible la nulidad; prescriptible la anulabilidad- etc.⁴⁷¹. Concepción bipartita de las nulidades que llegará hasta nuestros días y en las que, una vez calificada la forma de invalidez como nulidad o anulabilidad, se aplicaban en bloque y rígidamente todos los atributos asignados a cada forma. Dicha concepción bipartita puede contemplarse en distintos representantes del movimiento de Pandectas como VON TUHR⁴⁷² o ENNECE-

quello della inefficacia; un negozio giuridico può essere inefficace, anche senza che da suo difetto resti paralizzata la sua potenza» (B. WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette* (trad. italiana de C. FADDA-E. BENSÀ), vol. I, Unione tipografica editrice, Torino, §82, 264).

469Ibid. §82, 264 nt. 1: «*l'uso del linguaggio chiama invalido specialmente ciò che non si riconosce, benché aspiri ad essere riconosciuto. Ad ogni modo non possono raccogliersi sotto al concetto di invalidità quei casi, in cui l'inefficacia del negozio giuridico non ha la sua ragione nel negozio stesso, ma in un fatto, che concerne l'effetto (ciò che viene prodotto), senza toccare il negozio giuridico (la forza produttiva)*».

470PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 53.

471Ídem.

472En la obra de VON TUHR (1864-1925) si bien, como dicho autor reconoce, ni la expresión ineficacia ni la expresión invalidez tienen un sentido técnico preciso (VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil. Teoría General del Derecho civil alemán. Vol. II - I. Los hechos jurídicos*. Buenos Aires 1947 p. 303) se distingue, dentro de los negocios ineficaces, los incompletos o inacabados, los negocios nulos y los anulables o impugnables (ibid. pp. 303-309) señalando más adelante que el negocio nulo junto con el anulable pueden designarse como viciosos o inválidos (ibid. p. 330), **Son nulos**, dice, los negocios que «*carecen de eficacia y no pueden ser validados*» (ibid. p. 305) derivando la nulidad de un vicio incurable del factum (ibid. p. 306). Nulidad que es apreciable de oficio (ibid. p. 310), absoluta -no solo porque el negocio nulo no tiene eficacia contra y para nadie sino también porque cualquiera puede invocar la nulidad cuando se le opongan efectos jurídicos fundados en el negocio nulo (ibid. p. 312)- y que produce sus efectos *ipso iure* por el hecho mismo de la existencia del vicio (ibid. p. 310) admitiendo -como así hace el art. 140 BGB- la conversión del negocio nulo (ibid. pp. 318-322). Dado que la nulidad es definitiva -el negocio nulo lo es para siempre, aunque cese la causa de la nulidad- e insanable (ibid. pp. 322 – 323) si las partes, después de haber cesado la causa de nulidad, quieren los efectos jurídicos que no nacieron a raíz de la nulidad, deben celebrar un nuevo negocio de modo que si las partes confirman el negocio nulo no validan ni sanan el mismo si bien dicha confirmación debe juzgarse como nueva celebración (ibid. pp. 323-325 y art. 141 BGB). Por contra, **el negocio es anulable** cuando en razón de un vicio que existía, en principio, al celebrarse el negocio junto con sus efectos normales nace un derecho de impugnación (ibid. p. 308) y así el negocio anulable «*produce los efectos jurídicos que persiguen las partes, pero de tal suerte que ellos pueden ser extinguidos ex tunc a raíz de un vicio del factum y mediante el ejercicio de un derecho negativo (el derecho de impugnación)*» (ibid. p. 329). Cuando cesa el derecho de impugnación, la validez del negocio es definitiva, pero entre tanto se halla en un estado de pendencia, expuesto a perder sus efectos de igual manera como si nunca se hubieran producido (ibid. p. 330) dependiendo la subsistencia o cesación de esos efectos de la decisión del titular del derecho de impugnación (ibid. p. 330). El negocio anulable puede llegar a ser definitivo por vencimiento del plazo que la ley establece para la impugnación o por confirmación (ibid. pp. 352-353 y art. 144 BGB). Por último, reconoce VON THUR la categoría de la **ineficacia relativa** -considerando incorrecta la denominación de nulidad relativa- cuando la ineficacia existe sólo frente a ciertas personas (es decir, una especie de inoponibilidad) que se distingue del negocio nulo porque la ineficacia de este es absoluta y de la

RUS⁴⁷³ con la sola excepción de que un sector de la Pandectística admitía una ineficacia -en expresión de Von Tuhr- o nulidad relativa (que aplica con criterios completamente restrictivos y que se asemeja más a la inoponibilidad que a una causa de invalidez)⁴⁷⁴ mientras que otros autores lo considerarán prescindible⁴⁷⁵. Por tanto, con nulos o escasos matices, excepciones o grises. La flexibilidad del jurista romano se había visto sustituida por la matemática del derecho de la Pandectística decimonónica. En el altar del rigor conceptual; de un derecho de laboratorio -con razón las metáforas del primer Ihering son netamente químicas⁴⁷⁶- se sacrificarán los matices del caso concreto que ya no admitirá modulaciones....

Pero como la vida no puede ahormarse a conceptos tan rígidos, como veremos en este

anulabilidad porque su ineficacia, en los límites en que existe, se produce *ipso iure*, sin que sea necesario que una persona determinada la provoque mediante un acto de voluntad. De igual modo que la anulabilidad, y al contrario que el negocio nulo, el negocio relativamente ineficaz puede alcanzar eficacia total por consentimiento de la persona frente a la cual es ineficaz o por cesación del impedimento que obsta a la eficacia total (ibíd. pp. 361 y ss.).

473En la obra de ENNECERUS (1843-1928) dentro de la invalidez negocial se distingue solamente nulidad (ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil (Parte General)* Primero, Vol. 2º, Parte 2ª. Ed. BOSCH, Barcelona, 1981, § 202 pp. 723-740) e impugnabilidad (ibíd. § 203, pp. 753-762). Dentro de la nulidad distinguirá (vide ibíd p. 723 n 2) entre una nulidad definitiva (el negocio nulo es aquel «*al que se niega definitivamente la consecuencia jurídica que se califica de querida*» -ob. cit. p. 725- de modo que no surte ningún efecto tratándose de una invalidez *ipso iure*, apreciable de oficio, absoluta e insubsanable -ibíd. p. 726- aunque susceptible de conversión -ibíd p. 738), una nulidad indecisa o pendiente (el negocio es considerado provisionalmente válido pero queda derogado, normalmente con efecto retroactivo, por la declaración de una persona o por sentencia -ibíd p. 727), los negocios relativamente ineficaces (negocios cuyos efectos jurídicos se producen pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona que la ley quiere proteger quedan a salvo del mismo modo que si el negocio fuese absolutamente ineficaz -ibíd p. 730) y la nulidad parcial. En cuanto a la impugnabilidad el negocio impugnado es provisionalmente válido pero se le considera como nulo desde su origen si el sujeto activo de la impugnación emite una declaración, en juicio o fuera de él -ibíd p. 759- dirigida a hacerla valer por lo que define la impugnabilidad como «*una nulidad pendiente de la voluntad del titular del derecho de impugnación, unida a la admisión de una validez provisional*» (ibíd p. 754) de lo que deduce que el negocio eficazmente impugnado equivale al nulo porque es nulo frente a todos (ibíd p. 754) siendo una invalidez *ipso iure*, apreciable de oficio, pero susceptible de conversión (ibíd p. 755) y de confirmación (ibíd p. 759). En todo caso, añadimos, esta acción de impugnación es diferente de la anulabilidad que conocemos (nótese que este autor la aplica a la impugnación de la legitimidad de un hijo, a la impugnación de la aceptación o repudiación de la herencia, a la impugnación de la institución de heredero, a la impugnación de la adquisición de la herencia por un indigno etc. ibíd p. 756- 757) y quizá tenga más que ver con lo que conocemos como derecho potestativo o de modificación jurídica (con un contenido amplio) que con una forma de invalidez del negocio.

474Así, entre otros, reconocen con carácter absolutamente excepcional la ineficacia relativa distinta de la anulabilidad (si bien con matices diversos en cada autor) dentro de la escuela histórica del derecho SAVIGNY: *Sistema...* T III, ob. cit. p. 351 y dentro de la Pandectística, entre otros, VON TUHR, A.: *Derecho Civil...*, ob. cit. pp. 361 y ss. para quien tiene lugar cuando la ineficacia existe sólo frente a ciertas personas (es decir, una especie de inoponibilidad). También el BGB reconocerá una forma de ineficacia relativa en el § 135 («*Si la disposición de un bien contraviene una prohibición legal de disponer, establecida sólo para proteger determinadas personas, la enajenación es ineficaz sólo frente a éstas....*») si bien, a juicio de DE CASTRO, este artículo más que un supuesto de nulidad relativa contendría «*una anulabilidad de alcance más general, y no encerrada en el marco estricto de los artículos 1.300 y 1.301 CC*» (en DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530).

475REGELSBERGER, F.: *Pandekten*. Leipzig. 1893 § 174 p. 635 donde señala: «*El concepto de nulidad relativa es, por tanto, prescindible*» («*Der Begriff der relativen Nichtigkeit ist demnach entbehrllich*»).

476En el pensamiento del primer Ihering, con su jurisprudencia superior y su teoría de la construcción jurídica, tuvo probablemente, señala LLOREDO, importancia la aportación de Wohler que logró sintetizar en laboratorio una sustancia orgánica, la urea, porque «*hasta entonces se había creído que la materia orgánica solo era susceptible de análisis -o sea de descomposición- pero no de síntesis*» de modo que «*la síntesis de la urea, primera composición artificial de una sustancia orgánica, fue la señal de que el laboratorio había logrado robar a Dios o a la Naturaleza también este último poder*». O, dicho de otra manera: *se había abierto la intrigante posibilidad de crear artificialmente la vida.!*» (LLOREDO ALIX, L. M.: *Ideología...*, ob. cit. p. 611).

trabajo, las necesidades prácticas reflejadas muchas veces en nuestra jurisprudencia han desbordado el sistema axiomático deductivo de nulidades formulado por la Pandectística apareciendo nuevos tipos de nulidades no solo por creación jurisprudencial, sino también por creación legal. Nulidades atípicas reconocidas recientemente por nuestra mejor doctrina reciente (PASQUAU LIAÑO, VAZQUEZ DE CASTRO, DELGADO ECHEVERRIA etc.) si bien nuestra ciencia tradicional no deja de aferrarse a la teoría bipartita. Y es preciso que la nueva formulación del Sistema (sistema hermenéutico y no axiomático deductivo) recoja y refleje los nuevos textos ordinamentales (tanto judiciales como legales).

Concluyo, este epígrafe histórico, con cita del segundo Ihering en clara crítica a la jurisprudencia de conceptos: «*se desconoce la esencia del derecho cuando se quiere en nombre de la lógica hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. No es la vida la que debe plegarse a los principios, sino estos modelarse sobre ella. No es la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico quienes reclaman lo que debe ser*»⁴⁷⁷. Y con varias citas del juez Holmes: es una falacia creer «*que un sistema jurídico puede ser deducido, como en las matemáticas, de algunos axiomas generales del comportamiento*»⁴⁷⁸ y es, asimismo, una falacia creer que «*la única fuerza que cuenta en el desarrollo del derecho es la lógica*»⁴⁷⁹. En fin, «*la vida del derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia*»⁴⁸⁰.

Pues bien, la lógica hipertrofiada del conceptualismo decimonónico aplicada a la ineficacia ha dado lugar a la teoría bipartita de la invalidez de la que todavía somos herederos y de cuyo rígido túnel poco a poco vamos saliendo. Y a cuyo estudio, centrándonos en el ámbito inmobiliario, dedicamos este trabajo.

2.1.5 La doctrina civilista del SXX en España. Breve referencia a los grandes Tratadistas del S XX.

Centrándonos ya en la tradición jurídica española señalaba, con razón, GORDILLO CAÑAS que en la época precodicial: «*la confusión en materia de nulidades era tan arraigada en el tiempo, y tan extendida en la doctrina jurídica, que ni siquiera el enorme esfuerzo sistematizador de la Codificación logró disiparla*»⁴⁸¹ y ello porque «*el*

477VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*. Abreviatura por F. VELA. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005, p. 315.

478OLIVER WENDELL HOLMES, JR. «The Path...»: «*The danger of which I speak is (...) the notion that a given system, ours, for instance, can be worked out like mathematics from some general axioms of conduct*».

479Ibid.: «*The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of the law is logic*» llegando a señalar más adelante que «*You can give any conclusion a logical form*».

480Señala HOLMES que: «*The life of the law has not been logic: it has been experience*» (en OLIVER WENDELL HOLMES JR.: *The Common Law*, ob. cit. p. 5). Sorprendentes, decía HART, la semejanza de crítica al exceso de la lógica entre el realismo jurídico norteamericano (Holmes) y el segundo Ihering si bien la diferencia radica en que este último dirige en su segunda etapa las críticas contra los grandes académicos teóricos del derecho (Teoretiker) que en la ironía del autor alemán son los únicos admitidos en el “cielo de los conceptos” mientras que Holmes dirigía sus ataques principales no contra los juristas teóricos sino contra los juristas prácticos y jueces que otorgaban una excesiva relevancia a la «lógica» para resolver los casos, y que entendían que la aplicación de reglas y conceptos generales a las decisiones jurídicas consistía en un simple ejercicio de razonamiento silogístico (HART: «*Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*» [1970] en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, trad. de José Juan Moreso consultada en POMPEU CASANOVAS y JOSE JUAN MORESO: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* Ed. Crítica. Barcelona. 1994, pp. 111-113).

481GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 941. «*Diríase, añade este autor, que la Codificación sorprendió en este punto a la doctrina sin un bagaje de elaboración suficiente como para sentar con claridad y precisión las bases legales del sistema*» (ibid.)

corpus doctrinal precodicial en materia de ineficacia no estaba suficientemente elaborado y fraguado»⁴⁸². Confusión terminológica y de fondo que se observa en los primeros comentaristas del CC que ellos mismos reconocen⁴⁸³ y que, a juicio de GORDILLO, no se dispararía hasta bien entrado el S XX y especialmente a partir de la obra de CASTAN TOBEÑAS⁴⁸⁴. Por eso, la entrada en España de la concepción bipartita de las nulidades, que ya estaba bastante avanzada en Francia y Alemania, no llegó de la mano del Código de 1889 ni de la mano de ningún autor concreto, sino que fue irrumpiendo difusamente a lo largo del SXX⁴⁸⁵.

Los primeros comentaristas del CC.

Los primeros comentaristas justo después de aprobarse el Código Civil utilizarán una terminología poco precisa aludiendo normalmente a clasificaciones bipartitas de la invalidez (aunque algunos no empleen este término). Así, p.ej., MANRESA⁴⁸⁶ distinguirá dentro del sistema de ineficacias y junto a la rescisión, la inexistencia (aunque con dicho término alude a lo que actualmente denominamos tanto inexistencia como nulidad⁴⁸⁷) y la nulidad (aunque con dicho término alude a lo que actualmente denominamos anulabilidad⁴⁸⁸); VALVERDE Y VALVERDE distinguirá entre inexistencia (aunque con dicho término alude a lo que actualmente denominamos nulidad) y anulabilidad⁴⁸⁹; y PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en sus anotaciones a la obra de Ennecerus, distinguirán solo entre la nulidad y anulabilidad⁴⁹⁰. Lo especialmente relevante de todos estos primeros comentaristas es que, como añade PASQUAU LIAÑO, en todos los casos al primero de los términos de la distinción se atribuía un *carácter ipso iure*, la legitimación absoluta, la imprescriptibilidad y la inconfirmabilidad y al segundo la legitimación relativa, la confirmabilidad del negocio y el carácter

482GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 953. Insiste en dicha confusión en materia de nulidades y dicha imprecisión de la regulación de la ineficacia en el CC BLASCO GASCÓ quien destaca que si bien la doctrina científica y jurisprudencial postcodicial ha ido ordenando progresivamente la deficiente regulación del CC, dicha imprecisa terminología legal aún se deja sentir en ambas doctrinas (BLASCO GASCÓ, F.: *Eficacia e ineficacia...*, ob. cit. pp. 12-13).

483Así, señaló MUCIUS SCAEVOLA (Código Civil, XX, Madrid 1904, p. 953) que: «*la nulidad de los actos y contratos es un concepto sumamente variable y confuso, que ni en las leyes, ni en los tratados, ni en las sentencias de los Tribunales ha podido adquirir hasta ahora la deseada precisión*» (cit. por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 941). Véase más ampliamente sobre dicha confusión entre los primeros comentaristas del CC GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 954 n. 37.

484GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 954.

485PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 64.

486MANRESA Y NAVARRO, J.M^a.: *Comentarios al Código Civil español*. T VIII. 2ª edición. Imprenta de la Revista de legislación. Madrid 1907, pp. 766-772.

487Ibíd. p. 766: en la inexistencia «*no hay contrato o solo hay una apariencia, distinta de la realidad de este*». Más ampliamente sobre los supuestos de inexistencia ibíd. pp. 770-772.

488Ídem: en la nulidad «*hay un contrato que puede ser anulado, pero mientras no lo sea, se reputa eficaz*»

489VALVERDE Y VALVERDE señalará que la invalidez negocial se manifiesta de dos modos: «*uno, la inexistencia del negocio, en que la invalidez es absoluta e insubsanable, puesto que no es posible restaurar su validez, considerándose como si el negocio no hubiera existido, y otro, la anulabilidad, en que la declaración de la voluntad existe y el negocio también, como es consiguiente, pero existe en la voluntad un vicio formativo por el que puede ser anulado el acto*» (VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*. T. I. 2ª ed. Valladolid, 1920, p. 506).

490PEREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus anotaciones a ENNECCERUS- KIPP-WOLFF dicen, tras criticar las imprecisiones terminológicas inducidas por nuestro Código, con toda expresividad: «*Sólo dos términos tienen una significación precisa y bien determinada, puesto que a ellos corresponden dos especies diversas de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad. Y en estas dos formas pueden encajar todos los casos en que el negocio jurídico está afecto de imperfección (...). Conviene englobar, bajo esas dos expresiones —correlativas a las del CC alemán— todas las distintas posibilidades que determinan ineficacia, total o parcial, absoluta o relativa, del negocio jurídico*» (ENNECCERUS- KIPP-WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, T.I Vol. 2, p. 362).

constitutivo de la sentencia. Y a partir de entonces, sigue afirmando este autor, de acuerdo con dicha concepción bipartita predominante en la doctrina, una vez calificado el contrato en uno u otro tipo de invalidez de dicha calificación se derivaba la aplicación inexorable de todas las características señaladas, y, al mismo tiempo y en sentido inverso, la procedencia de uno de estos rasgos arrastraba necesariamente la calificación pertinente⁴⁹¹. En resumen, la doctrina española había elaborado desde principios del siglo pasado un sistema de invalidez axiomático deductivo que puede considerarse mayoritario y que perdura hasta el momento presente.

2.1.5.1 Breve referencia a la recepción de la doctrina de la ineficacia en los grandes tratadistas del SXX.

Por último, no querría terminar este capítulo sin una breve referencia a la recepción de la doctrina de la ineficacia en los grandes tratadistas del siglo XX. Dicha visión nos permite comprender como se llevó a cabo en nuestra patria la recepción de las categorías de ineficacia e invalidez una vez depurada y sistematizada la variedad del derecho romano por la Pandectística del S XIX. La selección de todos ellos, grandes civilistas, se ha realizado atendiendo a lo extenso de su magisterio que se despliega por todo el siglo pasado, a la cantidad de las generaciones de juristas que formaron y a la profundidad de su razonamiento jurídico. Todos ellos fueron llamados a responsabilidades más altas. Así, dos de ellos (De Diego y Castán) llegaron a ser presidentes del TS; el tercero (De Castro) juez del Tribunal Internacional de Justicia de la ONU y el cuarto (Diez Picazo) magistrado del TC. Ello permite ver las categorías de ineficacia e invalidez en las que se han formado generaciones de juristas del siglo pasado y altos funcionarios de la administración y aunque sin duda faltan muchos, todos los que están constituyen la mejor doctrina civilista de nuestro siglo pasado.

A) Felipe Clemente de Diego Gutiérrez (1866 - 1945)⁴⁹²

Distinguirá, dentro de la categoría más extensa de ineficacia, por un lado, la invalidez

491PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 65.

492Cabe encuadrar a Clemente de Diego dentro de la escuela iusnaturalista tradicional más ortodoxa, heredera de la Escuela Española del Derecho Natural. Así, señalará ESPIN CANOVAS en su semblanza de CLEMENTE DE DIEGO que «su posición iusnaturalista es clara, de convicción escolástica, en defensa de la justicia y de la convicción de la comunidad en la creación de la norma» (ESPIN CANOVAS, D.: *Don Felipe Clemente de Diego, en la ciencia y la aplicación del derecho* Ed. CORPME. Madrid 2000, p. 13). O afirmará HERNÁNDEZ GIL que el catolicismo y preparación filosófico-escolástica de DE DIEGO «ni declinaron ante ninguna otra ideología ni constituyeron rémora alguna que le impidiera servirse de las más modernas construcciones» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Ed. Organización Sala Editorial. Madrid 1973, p.57) siendo don Felipe «un decidido defensor del derecho natural como criterio de valoración de la justicia en las relaciones sociales» (ibíd. p. 58). Es tan importante dicha inspiración iusnaturalista de este autor que, aunque quepa vislumbrar en su obra, asimismo, huellas de la Escuela histórica y de la jurisprudencia de intereses, estas dos escuelas no influyen en los presupuestos éticos y religiosos que mantiene (ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M^a.C.: *La Filosofía jurídica de Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez (1866-1945)* p. 186). Para CLEMENTE DE DIEGO el Derecho natural «es impresión de la ley natural en nuestra conciencia y es alumbrado por la luz de la razón» (CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones...* T. I [ed. 1959] p. 22.), siendo uno, universal e inmutable, fuente, raíz y justificación última del Derecho positivo porque «las raíces últimas o más remotas del Derecho están más allá del Estado, en la ley natural y en la razón que concibe y desarrolla lo que Dios ha impreso en la conciencia de los hombres» (ibíd. p. 100.); ley natural que ni el legislador ni el juez pueden transgredir (CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Discurso en la solemne apertura de los Tribunales celebrada en 15 de septiembre de 1942*. Madrid. Instituto Editorial Reus. 1942, pp. 66 ss.). Sobre el pensamiento de este autor puede verse también VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo» en *ADC* 1998- 3, pp. 1013 y ss.; ESPIN CANOVAS, D.: *Don Felipe...*, ob. cit.; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles...*, ob. cit. pp. 49-59.

(que es la carencia de efectos del acto por vicio o defectos inherente al mismo) y, por otro lado, otras formas de ineficacia *stricto sensu* bien por causa debida a la voluntad informadora del acto o por un obstáculo de hecho (condición no cumplida, destrucción de la cosa). A su vez, dentro de la categoría de la invalidez, distinguirá tres categorías generales: nulidad (en la que incluye la nulidad de pleno derecho y la inexistencia), anulabilidad y rescindibilidad⁴⁹³ considerando de modo técnicamente criticable (porque la rescisión se refiere a contratos válidos y la anulabilidad a contratos inválidos) que la rescisión es «*un caso particular de anulabilidad*» o, dicho de otro modo, una «*anulabilidad por causa de lesión de uno de los contratantes, y a veces de un tercero, como los acreedores*»⁴⁹⁴.

B) José Castán Tobeñas (1889-1969)

Autor de confesión iusnaturalista⁴⁹⁵ su autorizada opinión es especialmente relevante pues su magisterio contribuyó, en su doble condición de magistrado y presidente de la Sala 1ª del TS y de Catedrático de Derecho Civil a formar el Sistema normativo de la invalidez; es decir, en terminología comunicacional, su sistema didáctico se convirtió y llegó a ser sistema normativo en España⁴⁹⁶. En cuanto a la concepción de este autor

493 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones...* T. I [ed. 1959] ob. cit. pp. 315-316; en el mismo sentido y del mismo autor, *Instituciones...* T. II, pp. 128-129.

494 CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones...* T. I (ed. 1959) ob. cit. p. 317. Reitera esta idea en *Instituciones...* T. II pp. 129-130: «*No parece sino que la rescisión es una especie de nulidad, a saber: la declarada por causa de lesión*».

495 Así, señalará Castán que la «*legitimidad e incluso la validez del Derecho positivo, depende de su conformidad con los postulados del Derecho natural*» (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, T I. Vol. I [ed. 2005] p. 98), que es un «*Derecho objetivo y reconocible*» (ibíd. p. 98), que tiene su origen primero en Dios (CASTAN TOBEÑAS, «*En torno al Derecho natural*», *Revista «Universidad*», Zaragoza, abril-junio 1940, p. 245, n. 119 cit. por ASÍS ROIG, R. de: «*Algunos aspectos...*», ob. cit. p. 270, n. 10). Y asegura: «*no concebimos los españoles que la validez del Derecho positivo pueda dejar de estar fundada en la justicia y el Derecho natural*» (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, T I. Vol. I cit. p. 98) de forma que la ley injusta ni es derecho ni obliga -*lex iniusta non est lex*- (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho Privado positivo)*. Ed. Instituto Ed. Reus. Madrid 1947, p. 287 n 1; también en CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, T I. Vol. I cit. pp. 98-99). Así, todo el derecho positivo ha de presumirse justo mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 297-298) y si bien la ley injusta no es derecho en muchos casos debe ser cumplida «*como si fuera derecho*» por la anarquía y escándalo que su incumplimiento pudiera originar (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Teoría...*, ob. cit. p. 298) siendo en última instancia el Juez quien habrá de «*rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la justicia*» prescindiendo de dicha ley injusta, acudiendo a los principios generales del derecho, cuando la misma «*no parezca exactamente aplicable al caso litigioso*» (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Teoría...*, ob. cit. p. 299). Más ampliamente sobre el pensamiento jurídico de Castán vide ASÍS ROIG, R. de: «*Algunos aspectos del Derecho natural en la obra de los civilistas españoles*» *ADH*, Madrid, núm. 5, 1989, pp. 267-307; VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «*El concepto del derecho...*» ob. cit. pp. 1013 a 1034; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles...*, ob. cit. pp. 97-109. Puede verse también la extensa biografía de SERRANO GONZÁLEZ, A. *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

496 El magisterio de Castán se extendió durante casi medio siglo y perdura, a través de las re-ediciones de su obra, hasta el momento presente. Como señaló De Castro en su nota necrológica, Castán se fue convirtiendo: «*durante sus más de cincuenta años de magisterio, en exponente máximo del Derecho civil*» (DE CASTRO Y BRAVO, F.: «*Nota necrológica: José Castán Tobeñas*» *ADC* 1969-3, p. 435.). Su obra «*el Castán*» fue objeto de difusión inmensa hasta el punto de que ha llegado a afirmarse que «*no existe libro alguno en nuestra literatura jurídica —posiblemente tampoco en la extranjera— que se haya impuesto de modo más completo. No se encontrará, posiblemente, un jurista español que no estudiara Derecho civil "por el Castán"*» (DE CASTRO Y BRAVO, F.: «*Nota necrológica...*», ob. cit. p. 436). Y a dicho innegable magisterio teórico unió una extraordinaria labor como magistrado -y presidente- del TS hasta el punto de que de él se ha dicho con razón que «*quien tanto se había distinguido en el proceso de generalización propio de la ciencia, supo también afrontar el proceso de individualización que desciende desde los principios hasta llegar a la solución de los casos concretos*» (HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles...*, ob. cit. p. 98) de modo que representó «*el más firme puente tendido en nuestra*

sobre las formas de ineficacia en las primeras ediciones del Castán distinguirá, dentro del más amplio concepto de ineficacia de los contratos, dos categorías: la invalidez y la resolución del negocio por voluntad expresa o tácita de las partes. En las últimas ediciones de su obra (casi 70 años posteriores a aquellas ediciones primigenias) seguirá, con pequeñas matizaciones, aquel esquema inicial si bien ahora dentro de la ineficacia distinguirá la invalidez (con idéntico contenido del que tenía en sus primeras ediciones) y otra categoría que ahora denomina ineficacia sobrevenida⁴⁹⁷ La invalidez es, en su opinión, la ineficacia que obra por virtud de la ley⁴⁹⁸ o, en otras palabras, la invalidez sería la ineficacia por disconformidad del acto o negocio con la ley⁴⁹⁹ e incluye dentro de la misma a la rescisión (art. 1290 CC), la nulidad propiamente dicha (art. 6.3 CC en rel. con art. 1255 CC), la anulabilidad (art. 1300 CC) y la inexistencia (art. 1261 CC)⁵⁰⁰. Dentro de la ineficacia sobrevenida (la que tiene lugar por hechos acaecidos con posterioridad a la celebración del acto y que provocan la cesación de sus efectos) incluye la condición resolutoria (art. 1113 y ss. CC), la resolución por inejecución de una de las partes (art. 1124 CC) y la ineficacia por retractación unilateral autorizada por la ley (revocabilidad)⁵⁰¹ si bien reconoce que, aparte de los tipos enumerados que son los más clásicos *«el elenco podría aumentarse añadiendo otras figuras, como pueden ser los actos irregulares e incompletos, de una parte, y los negocios inoponibles o irrelevantes, de otra, a los que pueden añadirse los simplemente ineficaces»*⁵⁰².

C) Federico de Castro y Bravo (1903 – 1983)⁵⁰³.

patria entre la jurisprudencia y la ciencia del derecho» (ibíd. últ. ob. cit. p. 99).

497CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...*, T. I Vol. II. (15ª ed.) p. 846.

498Ibíd. p. 858.

499Ibíd. p. 846.

500Con idéntico contenido se mantiene la invalidez en la obra de CASTAN a lo largo de los casi 70 años de magisterio como puede verse comparando CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil*, T II. 3ª ed. 1931, p. 173 y más de 70 años más tarde en CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil*, T. I Vol. II. 15ª ed. Madrid 2007, p. 849.

501Ibíd. p. 846. Más adelante incluye también dentro de estas ineficacias sobrevenidas la caducidad de los testamentos a virtud de ciertos hechos sobrevenidos, que hacen, de derecho, ineficaz la disposición inicialmente eficaz (vide arts. 703, 704, 719, 720, 730 y 743 CC) (ibíd. p. 862).

502Ibíd. p. 847.

503De Castro y Bravo es uno de los civilistas más relevantes de todo el siglo XX. De él se ha dicho sin exagerar que fue *«el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana»* (FIGA FAURA, L.: «Mos italicus» y los juristas catalanes, *AAMN*, XX, p. 296, frase recogida por VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «Federico de Castro y Bravo» en *ABC* -Madrid- de 13-5-1983, p. 40.), la *«figura más importante de la ciencia jurídica española del Siglo XX»* (DIEZ PICAZO, L.: «Un profesor recto y justo», en *ABC* -Madrid- 13-5-1983 p. 40) o, en fin, *«el maestro que "vale por un siglo de ciencia española»* (Manuel Peña Bernaldo de Quirós) y que *«rescata para los juristas la verdad y la justicia»* (Antonio HERNÁNDEZ GIL)» (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: Prólogo al libro *El Negocio Jurídico de DE CASTRO Y BRAVO*, F. Civitas. Madrid 1985, p. XIII).

Autor de confesión iusnaturalista⁵⁰⁴ y personalista⁵⁰⁵ su contribución a la dogmática civil del S XX fue esencial⁵⁰⁶ si bien el paso del tiempo ha tratado de forma desigual su legado⁵⁰⁷. En cuanto a su concepción sobre la ineficacia negocial criticará, en su obra «*El negocio jurídico*», la figura de la inexistencia como categoría autónoma señalando que, de acuerdo con la lógica, es prácticamente imposible distinguirla de la nulidad. No obstante, desde un punto de vista práctico, reconoce «*su utilidad, sus servicios en el pasado y los que se adivinan puede prestar en el futuro*»⁵⁰⁸.

Después de hacerse eco de las críticas a la distinción entre invalidez e ineficacia y de rebajar la importancia de dichas «*disquisiciones terminológicas* (entre invalidez e

504 DE CASTRO defenderá un iusnaturalismo de origen divino. Así, señalará que «*el Derecho Natural, como norma superior, marca el carácter y señala su fin al Derecho Positivo*» (en *Derecho civil*, ob. cit. p. 35) afirmando, con indudable inspiración tomista, que las normas injustas mejor podrían llamarse «*violencia*» que leyes, siendo injustos los preceptos que impongan una conducta directamente contraria al Derecho natural, a la moral o a la naturaleza de las instituciones (ibíd. pp. 37-38) en cuyo caso dicho precepto deja de ser ley, pierde toda fuerza jurídica y deja de obligar en el fuero de la conciencia aunque, y salvo que infrinja un mandato divino, se debe obedecer para evitar males mayores (ibíd. p. 40). Para DE CASTRO el Derecho natural ejerce una función negativa de señalar los «*presupuestos inalienables de lo jurídico*» y ofrece también el modelo (de *lege ferenda*) que «*muestra la perfección a que debe aspirar, y le ofrece una posible fuente inagotable (los principios generales del Derecho) con que completar la irremediable insuficiencia de las normas positivas*» (ibíd p. 38). Dicho iusnaturalismo pretende enlazar deliberadamente con la tradición jurídica española y así expresará De CASTRO en su prólogo a la primera edición de la obra «*Derecho Civil de España*» que: «*Volver la vista y buscar inspiración en la escuela jurídica española no es patriotismo de campanario de Aldea; es la convicción objetiva de que ella, al basar el Derecho en los fines últimos del vivir, dándole una base teológica, ha señalado el único modo de conocer la realidad jurídica [...]*». Idéntica idea se transluce en el primer Tomo del *Anuario de Derecho Civil* en 1948 que él fundó y donde afirma: «*La ciencia jurídica moderna, con el desprestigio de sus viejos modelos, ofrece un desconcertado y desesperanzador panorama; sólo una luz brilla, que no debe quedar oculta bajo el celemin, la tradicional concepción jurídica española*» cuyo «*mérito único fue haber encontrado y sabido atenerse, con lógica, seriedad y entereza, a la fórmula más pura de la concepción cristiana del Derecho*» (en «*Propósitos*» ADC 1948-1 p. 7). Mas ampliamente sobre el pensamiento de este autor en VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «*El concepto del Derecho...*» ob. cit. pp. 1013 a 1034

505DIEZ PICAZO, L.: prólogo a la reedición en 1984 de la obra *Derecho civil de España* de DE CASTRO, p. IX.

506Así, señalará su discípulo DIEZ PICAZO que «*El Derecho Civil español, que había llegado a la mayoría de edad y crecido con De Diego, con Castán y con De Buen, cambia por completo de piel con Castro, hasta el punto de que ya nunca volverá a ser como antes. ¿Qué aportó Castro? Desde el punto de vista formal un aparato de erudición impresionante e inigualable y un rigor absoluto. Aporta una gran riqueza y originalidad de soluciones y, sobre todo, de construcciones generales*» (DIEZ PICAZO, L.: «*Un profesor recto y justo*», en ABC (Madrid), 13-5-1983, p. 40).

507En efecto, si bien su férrea defensa de la dignidad de la persona y de su centralidad en el Derecho civil conserva plena actualidad no lo es menos que su fundamento divino del derecho natural es actualmente difícilmente conciliable con una sociedad plural, democrática y aconfesional y, en todo caso, fueron escasos y decepcionantes los resultados prácticos a los que conducía su primacía del derecho natural. Escasos porque cuando DE CASTRO afirmaba que la ley injusta no era ley sino violencia uno podía entonces buscar ansiosamente en su obra «*Derecho civil de España*» una confrontación de nuestro ordenamiento civil con los más altos cánones de Justicia. Búsqueda inútil porque, como diría el prof. HIERRO, en la obra de De Castro «*nunca encontraría la afirmación de que un precepto, por ser injusto o por no armonizar con el derecho natural no fuese jurídico*» (HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L. *El Realismo jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia 1981, pp. 9 y 10). Decepcionantes porque, en aquellos casos excepcionales en los que la primacía del derecho natural pudiera tener influencia en el derecho civil, De Castro sostendrá que el embrión, «*ni jurídica ni filosóficamente hay que considerarlo persona*» (DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T II, p. 117) y, en su exposición del sexo, no como estado civil pero sí como cualidad personal unida íntimamente a la persona y de la situación de la hija de familia mayor de edad que no había cumplido 25 años, se observa una muy débil defensa del principio de igualdad de sexo (DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T II, pp. 238-245).

508DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 465.

ineficacia), *respecto de las que siempre decide el uso con sus preferencias arbitrarias*»⁵⁰⁹ y después, como vimos, de criticar la autonomía de la figura de la inexistencia, DE CASTRO optará por estructurar la materia en torno a la categoría de la «ineficacia» dentro del cual distinguirá, ajustándose a un criterio legal, los negocios nulos, los anulables y los rescindibles⁵¹⁰, división seguida, con posterioridad, por una parte autorizada de nuestra doctrina⁵¹¹. Desde un punto de vista amplio incluirá dentro de los negocios nulos, y ya no por tanto como figura autónoma sino como subcategoría del negocio nulo, los negocios inexistentes y los contrarios a la ley⁵¹². Y señalará los siguientes caracteres de la nulidad: su condición *ipso iure* o de pleno derecho, de lo que deduce su apreciabilidad de oficio⁵¹³; su carácter absoluto porque se da respecto de todos y de todo⁵¹⁴ y el hecho de que no es sanable por confirmación ni por prescripción si bien admite excepcionalmente supuestos de convalidación del negocio nulo⁵¹⁵ y de conversión del negocio nulo⁵¹⁶.

En cuanto a los negocios anulables entiende, en posición criticada -como veremos- por la doctrina posterior, que los vicios enumerados en el art.1301 son exhaustivos por lo que no serían susceptibles de aplicación analógica⁵¹⁷. Y atribuye a esta forma de ineficacia una legitimación activa restringida, la caducidad de la acción y la sanabilidad por confirmación⁵¹⁸.

¿Admite DE CASTRO la ineficacia atípica? En línea de principios sí, pero en su aplicación práctica no. Decimos que «*en línea de principios sí*» porque así lo afirma en distintos momentos de su obra⁵¹⁹, pero realmente, cuando entra a analizar distintos supuestos que él considera de posible ineficacia atípica, niega todos con la única excepción de los supuestos de convalencia del negocio nulo⁵²⁰. En efecto:

509Ibídem p. 463.

510Ibídem p. 468.

511Entre otros, DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 613; DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. *passim*. En todo caso, como señalan DELGADO y PARRA, De Castro no rechaza por una cuestión de principio la categoría de la invalidez, sino que simplemente desde un punto de vista pragmático y de claridad expositiva prefiere referirse solo a los negocios nulos, anulables y rescindibles sin necesidad de acudir a la categoría de la invalidez (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 18).

512DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 472. A su vez dentro de los negocios inexistentes distinguirá: los negocios incompletos (que a su vez pueden ser negocios en formación, negocios realizados por quien carece de poder suficiente y negocios carentes de la forma necesaria), los negocios defectuosos y los negocios aparentes (ob. cit. p. 472).

513Ibíd. pp. 475-476.

514Ibíd. p. 482.

515Ibíd. p. 485.

516Ibíd. p. 486.

517Ibíd. p. 500.

518Ibíd. pp. 506, 509 y 512.

519En algún pasaje de su obra, tras reconocer «*la gran variedad de supuestos que ofrece la ineficacia*» señala que su tratado «*El negocio jurídico*» se limita «*al examen de las principales figuras de ineficacia que regula el Código civil*», expresión, “*principales*”, que presupone la existencia de otras “*secundarias*” (ob. cit. p. 468; en parecido sentido de parecer excluir de su estudio los otros tipos de ineficacia vide p. 462). No obstante, en los § 599 -602 de su obra (ibíd. pp. 529 -531) aborda sucintamente lo que denomina «*otros tipos de ineficacia*» que en línea de principios parece admitir -aunque luego rechaza, como formas de ineficacia, todos los supuestos que analiza- al dedicarles un apartado de su obra y al señalar que: «*el prurito de lograr clasificaciones exactas y completas ha traído consigo la propuesta de añadir a los tradicionales nuevos tipos de ineficacia. Ello, ciertamente, es factible, y si se atiende a los posibles criterios de clasificación utilizables, pueden multiplicarse dichos tipos con sólo el cuidado de combinarlos*» (ibíd. p. 529).

520 Así, señala De Castro (*El negocio...*, ob. cit. p. 435) que, pese al carácter normalmente definitivo e inconvalidable de la nulidad, tanto el Derecho Romano como el canónico conocen la «*sanatio in radice*» que no puede comprenderse si aceptáramos que la insanabilidad pertenece a la esencia de la nulidad y

1) En cuanto a la nulidad relativa de pleno derecho (nulidad con legitimación restringida pero que opera *ipso iure*) se muestra en principio contrario, salvo en el derecho matrimonial, a su admisión porque, dice: «*concebida (la nulidad absoluta) como atendible de oficio, no afectada por los actos propios y no confirmable, parece imposible hablar de una nulidad relativa, como verdadera nulidad*»⁵²¹.

2) En cuanto a la anulabilidad absoluta también señalará que dicha figura: «*resulta artificial, innecesaria e incompatible con el sistema general del Código*» y ello porque «*cuando se deja la posibilidad de pedir la anulación indiscriminadamente a cualquier interesado, se reconoce la existencia de una ineficacia general, lo que caracteriza a la nulidad absoluta*»⁵²² y porque es incompatible con el sistema del CC que un acto plenamente inválido (como el testamento del incapaz o el carente de forma legal) pueda convalidarse por el mero paso del tiempo⁵²³. Estas dos últimas ideas desvelan, a mi entender, la concepción bipartita de las nulidades de DE CASTRO⁵²⁴ quien vincula indefectiblemente legitimación restringida y convalidación a anulabilidad y legitimación absoluta e insubsanabilidad a nulidad absoluta de pleno derecho; concepción bipartita que se revela en otros pasajes de su obra ya sea por aceptar que las ineficacias recogidas, expresa o tácitamente, en el CC son siempre las perfiladas con carácter típico por la técnica jurídica⁵²⁵ ya sea por admitir que, determinado el tipo de ineficacia, de ello se deriva la aplicación en bloque de los caracteres señalados para dicho tipo⁵²⁶. Por ello, en el fondo, este autor niega anulabilidades con legitimación absoluta, nulidades de pleno derecho con legitimación restringida (nulidades relativas de pleno derecho) o las nulidades absolutas convalidables⁵²⁷.

3) Por último, en cuanto a la inoponibilidad tampoco considera que deba incluirse entre las figuras de ineficacia negocial y prefiere estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo del negocio jurídico⁵²⁸.

sí, sin embargo, si admitimos que aunque la nulidad es normalmente definitiva cabe que el Derecho positivo cree figuras en las que la nulidad desaparezca convalidándose el negocio («convalescencia»).

521Vide *ibid.* pp. 529-530.

522Ibid. pp. 530-531.

523Ibid. p. 531.

524Nótese que hablo de «*concepción bipartita de las nulidades*» y no de «*concepción bipartita de la invalidez*» entre otras razones porque este autor, como muchos otros, no utiliza en su desarrollo teórico el concepto de invalidez sino de ineficacia, subcategoría de las cual son la nulidad absoluta, la anulabilidad y la rescisión. Igual consideración podría aplicarse a Díez Picazo.

525Señala DE CASTRO: «*La técnica jurídica ha ido perfilando una serie de tipos de ineficacia y son a ellos a los que se refieren las disposiciones legales, de modo expreso o tácito. De aquí, que la doctrina de la ineficacia de los negocios jurídicos se centre en precisar los caracteres y alcance de cada uno de los prefijados tipos de ineficacia*» (*ibid.* p. 461).

526Así, señalará DE CASTRO que la calificación del tipo de ineficacia es importante para la práctica judicial «*en cuanto el alegado implicará la petición de una determinada condena (se darán tales consecuencias y no otras)*» (*ibid.* p. 468).

527Salvo los supuestos excepcionales de convalidación y conversión que recoge en pp. 485 y 486.

528El negocio inoponible, dice DE CASTRO, es perfectamente válido, ya que se celebró conforme a la ley y no está afectado por causa de rescisión, pero, pese a ello, no puede alegarse u oponerse (es como si no existiera) respecto de otra persona determinada [así, entre otros, p. ej. la inoponibilidad a terceros del título no inscrito -art. 32 LH-; la inoponibilidad de la revocación del mandato en el supuesto del art. 1734 CC; la inoponibilidad de la extinción del mandato en el supuesto del art. 1738 CC; el contrato celebrado sobre bienes ajenos -art. 1.257 CC- o en nombre de otro sin su autorización, art. 1.259 CC] (*ibid.* p. 531). Por tanto, la inoponibilidad, entiende DE CASTRO, no ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio. La inoponibilidad resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto (*ibid.* p. 531).

D) Luis Diez Picazo y Ponce de León (1931-2015)

Autor alejado tanto del positivismo puro como el iusnaturalismo tradicional⁵²⁹ su aportación a la materia de la ineficacia negocial fue relevante. Así, en materia de ineficacia negocial sigue, en muchos aspectos, la doctrina de su maestro De Castro. De este modo, criticará la distinción entre ineficacia e invalidez. Tal distinción, dirá, no es admisible no sólo por la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido, sino sobre todo porque, *«en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no la hay, sino, por el contrario, expresión más cumplida de la eficacia: así, por ejemplo, cuando se cumple una condición o se resuelve o revoca un contrato. En todos estos casos es plenamente eficaz, despliega toda su eficacia. Lo único que ocurre es que la reglamentación negocial pierde en un momento sucesivo su vigencia. No hay ineficacia, sino extinción sobrevinida de la relación o situación contractual»*⁵³⁰.

Dentro de la ineficacia distinguirá, como hacía De Castro, tres regímenes típicos de ineficacia negocial: la nulidad, la anulabilidad y la rescisión. Nulidad es una ineficacia siempre automática, originaria y estructural, normalmente absoluta e insanable cuyas causas serían haberse traspasado los límites de la autonomía privada; la inexistencia; la

529Discípulo orgulloso de DE CASTRO (en el discurso de investidura como doctor *honoris causa* de la Univ. Carlos III de Madrid, Díez-Picazo mostró su devoción a De Castro: *«Ser –seguir siendo– su discípulo y pertenecer a su escuela, tratar de seguir sus huellas sin lograrlo nunca, es mi único título»*) abandona tanto el positivismo puro como el iusnaturalismo tradicional que había conformado el pensamiento jurídico civilista del S XX. Así, afirmará, en cuanto a su alejamiento del positivismo, que: *«no podemos ser positivistas»* porque el positivismo es una teoría del derecho al que los horrores de las dictaduras totalitarias del S XX y la 2ª Guerra Mundial *«ha dejado a la intemperie»* (DIEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ed. Ariel, Barcelona. 1ª ed [1973], pp. 182-183). Y en cuanto a su abandono del iusnaturalismo tradicional (ibíd. p. 185) señalará que *«la idea de un Derecho natural permanente e inalterable debe ser rechazada... La existencia de unas reglas que sean, por su naturaleza, permanentes e inalterables, no pasa de ser un mito o una quimera, cuando no es, simplemente, una aspiración o un deseo de perpetuar un «statu quo» determinado y concreto»*. También critica las teorías iusnaturalistas tradicionales porque considera imposible fijar el contenido de dicho Derecho natural (ibíd. pp. 188-189). Por todo ello, DIEZ PICAZO sustituirá dicho derecho natural de origen divino como legitimador del derecho positivo por la existencia de un conjunto de creencias de la comunidad, que son también condición de legitimidad del Derecho (la búsqueda auténtica del Derecho exige un *iustum* concreto, y el *iustum* *«no se debe entender como una individual creencia o como una individual intuición de justicia»*, ibíd. p. 189). Así, afirma que: *«la razón de validez del orden jurídico se encuentra así en el conjunto de creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social. Las normas que responden a ellas son legítimas, pues su legitimidad deriva en definitiva del consensus»* (ibíd. p. 192) Y si bien, añade, no cabe confundir dicho *consensus* ni con la voluntad general ni con un contrato social (ibíd. p. 192.) sí parece presuponer y exigir, como ha puesto de relieve la doctrina, un poder democrático creador de las normas (ASÍS ROIG, R. de: *«Algunos aspectos...»*, ob. cit. p. 286). Por tanto, frente al derecho natural de origen divino permanente e inalterable de su maestro, DIEZ PICAZO propondrá un derecho natural relativo y cambiante para cuya determinación hay que acudir en cada momento a la concreta estructura de la vida social de cada momento histórico (DIEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas...*, ob. cit. p. 192).

530DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...* Vol. II [6ª ed. 1989], p. 110. Continúa señalando DIEZ PICAZO que: *«Si se produce o se frustra una condición establecida por las partes, puede decirse que a partir de ese momento el contrato deja de desplegar efectos, pero puede decirse también que ello ocurre precisamente como un efecto del propio contrato, en la medida en que tal hipótesis se encontraba contemplada en él. Del mismo modo, la resolución y la revocación son precisamente una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevinidas (...). Por ello, no puede decirse que en tales casos haya verdadera ineficacia, sino cumplida eficacia del contrato, aun cuando ésta no sea la inicialmente prevista o buscada. Las circunstancias extrínsecas apuntadas no transforman en ineficaz sobrevinidamente un contrato que fuera originariamente eficaz, sino que determinan una extinción de la relación jurídica creada por el contrato»* (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. I, [4ª ed. 1993] pp. 431-432).

falta absoluta de determinación o ilicitud en el objeto del contrato; la inexistencia o ilicitud de causa y, por fin, la falta de forma *ad solemnitatem*. Anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural normalmente relativa y sanable derivada de la falta de plena capacidad de obrar, o de la existencia de vicio de la voluntad. Y, por último, la rescisión que es una ineficacia provocada, sobrevenida y funcional, normalmente relativa y sanable⁵³¹.

¿Admite DIEZ PICAZO la ineficacia atípica? Inequívocamente sí, aunque parece limitarla a ineficacias creadas por el legislador y no por el intérprete. Así, sostiene este autor la existencia de otros regímenes de invalidez llegando a afirmar que «*el legislador no se encuentra vinculado por ninguna de las posibles categorías dogmáticas (de ineficacia) y puede dotar a la disciplina normativa que establezca del contenido que estime más conveniente; y es un grave error pensar lo contrario*»⁵³².

E) Manuel Albaladejo García (1920-2012)

Autor inequívocamente iusnaturalista extiende su magisterio a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado⁵³³. Con sus manuales se han formado generaciones de juristas siendo especialmente relevante, en materia de invalidez, además de sus comentarios a la obra de Cariota Ferrera, su opúsculo publicado en 1958 y que lleva por título: «*Ineficacia e invalidez del negocio jurídico*»⁵³⁴. En esta última obra distinguirá dos grandes categorías de ineficacia negocial. Primero, los supuestos de «*ineficacia inicial*» donde subdistingue el negocio inexistente (cuando realmente no hay negocio sino a lo sumo apariencia de negocio o este es incompleto), el nulo (cuando existiendo el negocio se ha realizado contra una norma que establece su ineficacia o está viciado de un defecto por el que la ley sanciona tal ineficacia) y el ineficaz *stricto sensu* (cuando hay negocio pero faltan, con carácter definitivo, las llamadas condiciones de eficacia⁵³⁵). Junto a dicha ineficacia inicial también cabe hablar de otra categoría: la «*ineficacia posterior*» dentro de la cual se encuentra, junto con los negocios rescindibles, revocables y caducos, los negocios anulables por vicios del consentimiento⁵³⁶.

Frente a Diez Picazo, Albaladejo sí admite dentro de la ineficacia la figura de la invalidez. Y así considera inválidos tanto los negocios nulos ubicados, como vimos, dentro de la categoría de la ineficacia inicial como los anulables ubicados dentro de la categoría de la ineficacia posterior⁵³⁷. Y dicha invalidez se caracteriza porque la carencia de efectos del negocio nulo o la amenaza de destrucción del anulable «*proceden de un defecto intrínseco al negocio*» frente a otras formas de ineficacia que derivan de causas externas al negocio⁵³⁸.

De la lectura apresurada de Albaladejo parecería deducirse una concepción dualista de la invalidez porque dentro de los negocios inválidos solo enumera los negocios nulos y anulables resaltando, a continuación, que conviene hacer un examen unitario y general

531DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 831.

532DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* Vol. 1. (5ª ed.) ob. cit. p. 458.

533Albaladejo funda dicho derecho natural en un origen divino y considera al mismo legitimador del derecho positivo (ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil I*, ob. cit. p. 20). Así, afirmará: «*Sólo su armonía con el Derecho natural, legitima al positivo. En otro caso no se trata de verdadero Derecho, sino de un puro mandato injusto, aunque su cumplimiento puede imponerse por la fuerza*» (ibid. p. 21).

534ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez del negocio jurídico» en *Separata de la RDP*. Madrid. Julio-agosto de 1958, pp. 3-46.

535P. ej., institución de heredero bajo condición suspensiva que se incumple, art. 801 CC (ibid. p. 5).

536ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. pp. 4-7.

537Ibid. p. 7.

538Ibid. p. 8.

de los tipos de ineficacia motivada por invalidez, tipos que «son dos: nulidad y anulabilidad»⁵³⁹ (si bien más adelante añade que se trata de «los tipos normales de invalidez»⁵⁴⁰). Pero, muchos años antes, este autor, en sus anotaciones a Cariota Ferrera, había admitido la figura de la anulabilidad absoluta (una anulabilidad que puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés) considerando como «casos seguros de la misma en el Derecho español los de testamento otorgado con vicio de la voluntad (CC art.673 y 767)»⁵⁴¹ si bien se mostró contrario a la nulidad relativa de pleno derecho⁵⁴².

2.1.5.2 Conclusiones.

Podemos observar el desconcierto terminológico y conceptual en la dogmática civil del S XX. De Diego, Castán y Albaladejo distinguen la invalidez como una de las formas de la ineficacia *amplio sensu*; De Castro, si bien no rechaza por una cuestión de principio la categoría de la invalidez, prefiere estructurar la materia en torno a la categoría de la «ineficacia» y Diez Picazo sí rechaza por una cuestión de principio la categoría de la invalidez. En cuanto a la rescisión (y a pesar de tratarse, en virtud del artículo 1290 CC, de supuestos de contratos válidamente celebrados) De Diego la incluye dentro de la invalidez como una de las formas de anulabilidad, Castán la sitúa dentro de la invalidez como categoría independiente de la anulabilidad, mientras que De Castro y Diez Picazo ubican la rescisión como una de las formas de la ineficacia, pero prescinden (Diez Picazo por una cuestión de principios y De Castro por una cuestión pragmática de claridad expositiva) de la categoría de la invalidez.

En todo caso, si bien algunos de ellos hacen referencias genéricas a la existencia de formas atípicas de invalidez ninguno de ellos realiza una elaboración dogmática de las mismas ni mucho menos las incorpora al Sistema. Y, en todos los casos, se atribuye un régimen legal inexorable a cada categoría de nulidad (tanto a la nulidad absoluta como a la anulabilidad) y en ese sentido (y aunque algunos no acepten la invalidez o aceptándola incluyan la rescisión) podemos decir que todos ellos son, aunque con matices, bipartitos y que asumen un sistema de invalidez axiomático deductivo; y ello porque solo realizan una elaboración dogmática de dos tipos de nulidad (nulidad absoluta y anulabilidad) atribuyendo un régimen legal inexorable en cuanto a legitimación, carácter declarativo o constitutivo de la sentencia, prescripción, convalidación etc. a cada uno de ellos.

2.2 ¿Invalidez o ineficacia?

2.2.1 La distinción entre invalidez e ineficacia.

2.2.1.1 Planteamiento. -

Como hemos señalado la distinción entre invalidez e ineficacia procede de Windscheid y fue recogida con claridad por la doctrina italiana⁵⁴³. Desde entonces un importante sector de la doctrina clásica suele distinguir una ineficacia en sentido general que englobaría dos categorías: la invalidez (la negación de efectos del negocio jurídico motivada por circunstancias intrínsecas a algún elemento esencial del mismo distinguiendo, dentro de la invalidez, en lo que se ha llamado la teoría bipartita de las

539ALBALADEJO GARCIA. M.: *Derecho civil...*, ob. cit. p. 851.

540Ibíd. p. 852.

541ALBALADEJO, M en sus anotaciones a CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 299.

542Ibíd. p. 287.

543En la doctrina italiana recogen dicha distinción p. ej. BETTI, E.: *Teoría General...*, [ed. 2018] ob. cit. pp. 338-339 y GALGANO, F.: *El negocio jurídico*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 1992, p. 332.

nulidades, entre nulidad y anulabilidad) y la ineficacia en sentido estricto (cuando el negocio, a pesar de reunir todos los requisitos legales para su validez jurídica, no alcanza su plena eficacia por ciertos defectos o carencias extrínsecas)⁵⁴⁴.

2.2.1.2 Crítica de la distinción. -

La distinción entre invalidez e ineficacia, aunque mayoritaria en la doctrina⁵⁴⁵, es discutible, entre otras razones, porque hay supuestos que tradicionalmente se han incluido dentro de la ineficacia (el negocio condicionado) en que no hay «una verdadera ineficacia sino una eficacia limitada conforme a la peculiar naturaleza del negocio»⁵⁴⁶.

A) Argumentos en contra de la distinción.- Tal distinción, señalaban DIEZ PICAZO y GULLON, no es admisible no sólo por la arbitrariedad de la terminología, puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido e inválido (ya que no vale para alcanzar los resultados que el negocio buscaba) tiene que ser siempre el negocio ineficaz, sino sobre todo porque, afirmaban, casi siempre que se habla de *ineficacia stricto sensu* no hay realmente ineficacia sino expresión de la eficacia. Y así, p.ej., en el negocio condicional, revocado o resuelto no hay realmente ineficacia: en el primer caso porque si la condición fijada por las partes se produce o se frustra (según sea resolutoria o suspensiva) y a partir de ese momento el contrato deja de desplegar efectos ello ocurre precisamente como un efecto del contrato dado que tal hipótesis se encontraba contemplada en él; y en el segundo y tercer caso, la resolución y la revocación del contrato son precisamente una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de un contratante frente a circunstancias sobrevenidas⁵⁴⁷. No obstante, el propio autor se ve obligado en algún momento de su obra a distinguir entre validez y eficacia⁵⁴⁸.

En parecidos términos DE CASTRO, aunque sin negar desde un plano teórico la categoría de la invalidez, prescinde en su exposición de la misma advirtiendo sobre la imposibilidad de una dogmática *a priori* de la ineficacia porque el Derecho, en esta materia, atiende a otras consideraciones que no son las de la lógica y porque la

544Distinguen entre invalidez e ineficacia, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. I...* [2002], ob. cit. p. 851; DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 19-22; GARCÍA AMIGO, M.: *Lecciones de Derecho Civil II: teoría general de las obligaciones y contratos* McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 396; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1996, pp. 640-641; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.: Elementos...* T.II, Vol. [2ª Ed. 1987] pp. 343 y ss.; LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios...*, III. ob. cit. [17ª ed.] p. 134; OERTMANN igualmente afirmará ya en 1929 que: «salta a la vista la diferencia lógica entre ineficacia (*Unwirksamkeit*) e invalidez (*Ungültigkeit*): aquella es el género y esta es la especie» (OERTMANN, PAUL: «Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos», en *RDP*. 1929 T. XVI, p. 65).

545Se hace eco de esta discusión, entre muchos otros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 24; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. pp. 25-27; DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 16-18.

546DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 463; DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...* Vol. II, ob. cit. p. 110.

547DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. I, [4º ed. 1993] pp. 431-432. En el mismo sentido puede verse BETTI, E.: *Teoría General...* [ed. 2018] ob. cit. pp. 339, 351, 360 y 203. Se adhiere expresamente a la tesis de Diez Picazo SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, p. 311 n. 414, y, asimismo, acepta la sinonimia entre ineficaz e inválido, entre otros, CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. pp. 26-27 y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 198.

548En efecto, como señala la doctrina, DIEZ PICAZO, a pesar de rechazar la categoría de la invalidez, se verá obligado a distinguir entre validez y eficacia al tratar de la retroactividad del efecto confirmatorio del contrato anulable y los derechos de los terceros (en DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 17).

doctrina, ante la ausencia de una terminología legal exacta y la polivalencia semántica de las voces empleadas, no ha alcanzado un acuerdo sobre las distintas categorías de ineficacia⁵⁴⁹. Dicho autor optó, como vimos, por vertebrar la materia en torno a la ineficacia distinguiendo dentro de ella la nulidad, la anulabilidad y la rescisión.

Por último, también VÁZQUEZ DE CASTRO considera innecesaria la distinción entre invalidez e ineficacia prescindiendo de aquel término porque, entiende, la invalidez es una calificación puramente teórica, no empírica, y un término meramente clasificatorio sin efectos prácticos ni efectos jurídicos concretos⁵⁵⁰; una categoría inútil y confusa⁵⁵¹. Además, la distinción clásica entre invalidez e ineficacia parte de la hipótesis de que la invalidez incluye la nulidad y la anulabilidad pero -señala este autor- «en el momento en el que surgen nuevas formas de sanción, que son en la mayor parte de los casos, híbridas entre la nulidad y la anulabilidad, la categoría de la invalidez se resiente»⁵⁵². Frente a ello, la ineficacia (sin distinciones entre ineficacia lato y stricto sensu) es, dice VAZQUEZ DE CASTRO, la constatación empírica de que el contrato no ha producido los efectos inicialmente previstos por las partes por lo que en su obra utiliza únicamente el término de ineficacia del contrato⁵⁵³.

También, por último, desde el campo de la Teoría del Derecho, se ha propugnado la sinonimia entre ineficacia e invalidez. Así, p.ej., señalará ROBLES que «*validez, eficacia (interna) y obligatoriedad son tres términos que (en sede de derecho de obligaciones) vienen a decir lo mismo. Si el contrato es válido, entonces será eficaz y desplegará sus efectos obligatorios. Si un contrato es ineficaz, esto no quiere decir otra cosa, sino que es inválido, o sea, que no obliga a los contratantes*»⁵⁵⁴.

B) Argumentos a favor- A favor de la distinción entre invalidez e ineficacia se ha manifestado de manera destacada DELGADO ECHEVERRÍA⁵⁵⁵ porque entiende que permite explicar supuesto de negocios válidos pero ineficaces. Así, señala DELGADO ECHEVERRÍA que la postura de DIEZ PICAZO Y DE CASTRO que niegan

549Así, con relación a dicha polivalencia semántica de las voces empleadas, llega a señalar DE CASTRO que «*por ejemplo, la distinción usual entre invalidez e ineficacia se ha criticado, en base de que el no valer y el no tener efectos jurídicos viene a ser prácticamente lo mismo*» (en *El negocio...*, ob. cit. p. 462) y con relación a la falta de acuerdo sobre las diversas formas de ineficacia afirmará como «*en la doctrina española, no parecen haber importado mucho estas disquisiciones terminológicas, respecto de las que siempre decide el uso con sus preferencias arbitrarias*» (ibíd. p. 463).

550VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 323, 323 n. 80 y 324.

551Ibíd. pp. 323 n. 80 y 324.

552Ibíd. p. 325. Nuevas formas de sanción para casos de ilegalidad entre las que estarían la rescisión o el desistimiento unilateral por lo que difícilmente cabe considerar la invalidez como una sanción jurídica solo cuando está dispuesta en una norma jurídica (ibíd. pp. 324 y 325).

553Ibíd. pp. 322-324.

554ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del Derecho...*, I, ob. cit. pp. 371-372.

555DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 19-22. Se muestra favorable a mantener dicho término de invalidez, entre muchos otros, CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido», *ADC* 1987-1, p. 8, n. 8 que aplica la invalidez incluso en sede testamentaria; y BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 13 pero este autor va mucho más allá en sus conclusiones señalando que, si bien la norma general es que un acto inválido es un acto ineficaz, hay supuestos de actos inválidos total o parcialmente eficaces (p. ej. invalidez de matrimonio con defecto formal si al menos uno lo contrajo de buena fe, determinados supuestos de simulación en los que el acto simulado es eficaz frente a determinados terceros, aunque no lo sea entre las partes etc.) y que si bien la norma general es que un acto válido es, en general, un acto eficaz hay supuestos de actos válidos total o parcialmente eficaces ineficaces (v.gr. actos rescindibles, contratos sujetos a condición o término etc.) (ibíd. p. 14) de modo que «*la invalidez, como contravención de una norma imperativa y, en concreto, prohibitiva, es una de las causas de ineficacia del acto jurídico, pero ni es la única ni exige siempre la ineficacia*» (ibíd. pp. 14-15).

autonomía al concepto de invalidez diluyéndolo en el más amplio de ineficacia tiene el enorme inconveniente de que deja sin explicar fenómenos de nuestro Derecho privado que presupone la distinción entre invalidez e ineficacia⁵⁵⁶. De este modo, señala este autor, aceptan implícitamente dicha distinción, p.ej., **el art. 34 LH** que presupone una adquisición válida por el tercero protegido, título válido pero ineficaz pues, de otro modo, sería innecesaria la protección registral; **la acción de saneamiento por evicción** en los casos de venta de cosa ajena en que se presupone la validez del título pero no se ha producido la normal eficacia traslativa mediante la entrega o, por último, **el art. 1953 CC** que exige para la usucapión corta la validez del título, título que necesariamente, entiende este autor, debe ser ineficaz porque en otro caso (es decir, si el título fuera válido y eficaz) habría transferido el dominio al *accipiens*⁵⁵⁷.

Los ejemplos de DELGADO ECHEVERRIA han sido criticados. Así, señalará CUENA CASAS que, en la usucapión corta, el saneamiento por evicción o en el supuesto del 34 LH no cabe decir que el título sea válido pero ineficaz porque dicho título es válido y eficaz ya que produce todos sus efectos (que, no se olvide, en un sistema regido por la teoría del título y el modo son meramente obligacionales) no produciéndose la transmisión del dominio por un defecto del modo que es el que sería ineficaz⁵⁵⁸. Además, en cuanto al supuesto del art.34 L.H., sigue señalando CUENA CASAS, la fe pública registral (art. 34 LH) solo purga la *traditio* ineficaz por falta de poder de disposición del tradente porque el art. 33 LH impide convalidar títulos nulos.

2.2.1.3 Toma de posición-

Compartimos parcialmente la teoría de la profesora CUENA CASAS. Es cierto que los ejemplos propuestos por DELGADO ECHEVERRIA relativos al saneamiento por evicción en caso de venta de cosa ajena no son supuestos de títulos ineficaces porque los títulos, en tales casos, son eficaces y produce todos sus efectos obligacionales y la transmisión del dominio no tiene lugar por un defecto en el modo (por ausencia del poder de disposición que se localiza en el modo). Pero la respuesta no es la misma en el caso de la usucapión corta y en el caso del art. 33 y 34 LH. En el caso de la usucapión corta porque, como ya señalé en otro trabajo, por regla general la misma sana defectos del modo, pero por motivos de seguridad jurídica, y contra lo que sostiene la doctrina mayoritaria, también defectos de anulabilidad y excepcionalmente de nulidad radical del título⁵⁵⁹. Y en cuanto al art. 33 y 34 LH porque, frente a lo que sostiene CUENA

556DELGADO ECHEVERRIA, J.: *Elementos...* II dirigido por LACRUZ (2ª ed. 1987) p. 344; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades...*, ob. cit. pp. 19-20.

557En parecido sentido, afirmaba LACRUZ que no cabe confundir invalidez con ineficacia, «según demuestra el art. 1.953 al exigir para la usucapión ordinaria un título válido. Si este título, además de válido, fuera eficaz, la usucapión sobraría, porque la propiedad se habría transferido al adquirente merced a aquél. Luego puede haber títulos que son válidos (como requiere el art. 1953) pero no eficaces» (LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos...*, T. I., vol.3º [ed. 1984] p. 271).

558CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona. 1996, en especial pp. 315, 360, 363 y 412 *et passim*. No obstante, existe una jurisprudencia errónea que señalará con enorme confusión: «Que el título sea válido no puede interpretarse en sus términos literales, ya que si el título es perfectamente válido y eficaz, y, a ello unimos la posesión, nos encontraríamos ante un propietario, por la teoría del título y el modo, que no precisa de la usucapión para adquirir esa cualidad, por lo que sobraría y sería innecesaria la institución de la prescripción adquisitiva» (SAP Madrid 01/03/2003 [TOL484.565]). Errónea porque el título de la usucapión debe ser válido literalmente, si se prefiere perfectamente válido sin el más mínimo defecto, y si no se produce la *traditio* y el contrato no produce sus efectos traslativos de dominio no es porque haya algún defecto en el título sino en el modo que es donde es preciso ubicar la falta de titularidad del *tradens* o de poder de disposición.

559Mas ampliamente TRINCADO AZNAR, JM.: «El ámbito legitimador...», ob. cit. *passim*. Como señalábamos en las conclusiones de dicho trabajo la usucapión corta no se limita a las adquisiciones *a non*

CASAS, el principio de fe pública registral del art. 34 LH sí permite convalidar, como excepción al art. 33 LH, títulos nulos. Es cierto, que el art. 33 LH indica que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo, pero, como señala nuestra mejor doctrina hipotecarista, los arts. 34 y 35 LH constituyen una excepción al art. 33⁵⁶⁰. Así, en relación con el tercero del art. 34 LH, la inscripción sí convalida ese contrato nulo operando una adquisición *a non domino* y en relación al art. 35 LH este también convalida el acto o contrato nulo a través no sólo de la inscripción, sino de ésta unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria más la presunción de posesión que implica⁵⁶¹. En tal sentido, el art. 34 y 35 LH representan una «convalidación» de situaciones registrales⁵⁶². Por tanto, el art. 33 LH tiene dos excepciones:

1) la representada por el principio de fe pública registral, recogido en los arts. 34 y 36 de la L.H. en relación con el tercero hipotecario. Así, como señala GARCIA GARCIA, a veces, el art. 33 LH no ha sido rectamente entendido porque si se interpreta aisladamente daría al traste con los efectos convalidatorios que tiene la inscripción en los arts. 34 y 35 LH. Para entender el art. 33 LH hay que partir de que en su redacción originaria el actual art. 33 LH era el primer párrafo del art. 34 LH, y luego se establecía lo que dispone el art. 34 LH, iniciándolo con un «*no obstante*». Aunque ahora estén en preceptos separados, el planteamiento, dice GARCIA GARCIA, sigue siendo el mismo por lo que, aunque la inscripción no convalide el acto o contrato nulo (art. 33 LH), no obstante, respecto al tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH, la inscripción de este tercero convalida para él el acto o contrato nulo precedente⁵⁶³.

2) y la representada por el principio de usucapión «*secundum tabulas*» del art. 35 LH, respecto al titular registral usucapiente y en el que la inscripción no es que se presume que es justo título, sino que la inscripción misma convalida el acto o contrato nulo porque equivale directamente al título verdadero, válido y probado, siempre que vaya unida a la presunción de posesión y al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria⁵⁶⁴.

Por todo ello, nos parece que debe sostenerse la diferencia entre invalidez y otras ineficacias no sólo por la existencia de títulos nulos que producen efectos en atención a la seguridad del tráfico (supuesto del art. 34 LH y de los casos en que la usucapión corta sana defectos de anulabilidad y excepcionalmente de nulidad radical del título), sino también porque conviene y es útil separar, a efectos meramente clasificatorios y pedagógicos, pero sin llevar la distinción a excesos conceptualistas, la invalidez de la ineficacia *stricto sensu*⁵⁶⁵.

domino sino que se extiende, asimismo, a las adquisiciones *a domino* con título anulable purgando los defectos del título que dan lugar a dicha anulabilidad, así como, si bien única y exclusivamente en el supuesto contenido en el art. 35 LH, a los títulos radicalmente nulos, precepto que supone una excepción al requisito de validez del título del art. 1953 Cc. El artículo 35 LH permite al titular inscrito usucapir abreviadamente el inmueble, aunque el título material subyacente sea anulable o radicalmente nulo. En la usucapión *secundum tabulas*, la inscripción, unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria y los demás requisitos legales, convalida «*a efectos de la prescripción adquisitiva*» no solo los defectos de titularidad del tradens sino, lo que es más relevante, también los defectos del título material (que puede ser nulo o anulable).

560GARCIA GARCIA, J.M.: «El principio hipotecario de usucapión *secundum tabulas*», en *RCDI*, núm. 642, septiembre/octubre de 1997, p. 1720.

561Ibíd. p. 1718.

562Ibíd. p. 1720.

563Ibíd. p. 1719.

564Ibíd. pp. 1730 y 1718. Más ampliamente en TRINCADO AZNAR, JM.: «El ámbito legitimador...» ob. cit.

565Tanto la invalidez como la ineficacia *stricto sensu* estarían englobadas en la ineficacia *amplio sensu*.

En conclusión, compartimos la afirmación de DELGADO ECHEVERRIA, aunque discrepamos de algunos de los supuestos que considera como título válido e ineficaz, de que todo contrato inválido es ineficaz o presenta anomalías en su eficacia⁵⁶⁶, pero, en cambio, hay contratos ineficaces plenamente válidos⁵⁶⁷ e incluso, añadimos, hay contratos inexistentes por ausencia de un verdadero consentimiento pero plenamente eficaces (como en los supuestos de reserva mental). Por último, no hay que desconocer, en defensa de esta distinción entre invalidez e ineficacia, una última e importante categoría de contratos que presuponen dicha distinción: el contrato rescindible, que por exigencia legal sólo puede referirse a contratos válidamente celebrados (art. 1290 CC) que, sin embargo, cuando se rescinden, devienen ineficaces. Pasamos a estudiar la ubicación de dichos contratos dentro del sistema general de ineficacia.

2.2.2 La ubicación de la rescisión dentro del sistema de ineficacias

Ejemplo, como venimos diciendo, de contrato válido pero ineficaz sería el contrato rescindible que es la forma típica y peculiar de la ineficacia de los contratos válidos⁵⁶⁸ o, en palabras de DIEZ PICAZO, la ineficacia provocada, sobrevenida y funcional, normalmente relativa y sanable⁵⁶⁹.

Causa inequívoca de ineficacia la rescisión no es, sin embargo, a diferencia de la nulidad y anulabilidad, causa de invalidez⁵⁷⁰. Los contratos rescindibles son contratos plenamente válidos (señala el art.1290 CC: «*Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley*») en los que concurre una causa excepcional que puede provocar su ineficacia. No obstante, como vimos, históricamente la rescisión y la anulabilidad se han venido confundiendo en una sola categoría. Rompiendo esa tradición y esa confusión el proyecto de 1851, corrigiendo la sistemática del Code, distingue las figuras de la nulidad (art. 1.184) y de la rescisión (art. 1.165)⁵⁷¹. Por su parte, el Código civil seguirá el Proyecto de 1851, aunque -como vimos- se aparta de dicho Proyecto en algunos extremos, dedicando el capítulo V del Título «*De los contratos*» a la rescisión y el VI a «*la nulidad de los contratos*».

566No necesariamente todo contrato inválido es absolutamente ineficaz, sino que basta con que presente «*anomalías en su eficacia*». Así, frente a la tesis vista de DIEZ PICAZO y GULLON de que la terminología es arbitraria puesto que ineficaz tiene que ser siempre el negocio inválido creemos con, entre otros, LUTZESCO que el acto nulo, a pesar del brocardo latino «*quod nullum est nullum effectum producit*», produce ciertos efectos no solo respecto de las partes sino sobre todo respecto de situaciones adquiridas por terceros de buena fe y ello porque el efecto de la nulidad no es tan completo como sostenía la doctrina clásica ya que «*se detiene ante los hechos consumados si estos no son de tal naturaleza que comprometan al orden público, y se detiene porque prefiere sacrificar su autoridad para salvar el crédito y la seguridad de las transacciones, es decir, para no afectar a los principios que son la piedra de toque del derecho de las obligaciones*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 294 y 353).

567DELGADO ECHEVERRÍA J y PARRA LUCAN M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 16. Como hemos dicho no es esta la posición de BLASCO GASCO que comparte con DELGADO ECHEVERRIA la necesidad de distinguir entre ineficacia e invalidez, pero va más allá señalando que si bien la norma general es que un acto inválido es un acto ineficaz hay supuestos de actos inválidos total o parcialmente eficaces y supuestos de actos válidos total o parcialmente ineficaces (BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 14).

568GORDILLO, CAÑAS, A.: «*Violencia viciante...*», ob. cit. p. 236.

569DIEZ PICAZO, L.: «*Eficacia...*», ob. cit. p. 831.

570En contra, CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil*, T. I Vol. II. ob. cit. p. 846 sitúa a la rescisión (art. 1290 CC) junto a la nulidad propiamente dicha (art. 6.3 CC en rel. con art. 1255 CC), la anulabilidad (1300 CC) y la inexistencia (art. 1261 CC) como formas de la invalidez porque define este concepto de invalidez como la ineficacia que obra por virtud de la ley (ibíd. p. 858) o, en otras palabras, la invalidez sería la ineficacia por disconformidad del acto o negocio con la ley (ibíd. p. 846).

571DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 498; DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 52; ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, M^a.M.: *La rescisión...*, ob. cit. p. 156.

2.2.2.1 Diferencia entre el negocio rescindible y el nulo y anulable

La ineficacia estructural se fija en la fase de formación del negocio jurídico; la ineficacia funcional, por el contrario, atiende a las consecuencias que un negocio correctamente formado produce en la realidad, de modo que habría ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado permite alcanzar un resultado contrario a Derecho⁵⁷². Pues bien, dicha diferencia se da entre los negocios nulos y los rescindibles: La nulidad es una causa de ineficacia estructural de contratos inválidos ya por ir *contra legem* (6.3 CC) ya por no reunir los requisitos del art.1261 CC, y la anulabilidad es una causa de ineficacia estructural de contratos inválidos en que concurren los requisitos del art. 1261 CC, pero adolecen de algún vicio que lo invalida con arreglo a la ley (1300 CC). Por contra, la rescisión es una causa de ineficacia funcional porque solo afecta a la función que el contrato realiza, pero sin menoscabar la validez del contrato⁵⁷³.

Con relación al negocio nulo la única similitud que presenta la rescisión es que ambas son formas de ineficacia, pero son muchas más las diferencias que las separan: la principal, como hemos dicho, es que el negocio nulo es inválido, el rescindible no; y las secundarias son que la nulidad es una ineficacia estructural, originaria, automática, absoluta e insanable, mientras que, por contra, la rescisión es una ineficacia funcional, sobrevenida, provocada y normalmente relativa y sanable. Con relación a la anulabilidad la rescisión también presenta similitudes y diferencias. Ambas se asemejan porque son formas de ineficacia provocada, sobrevenida, normalmente relativa y sanable, pero se distinguen no sólo porque el contrato anulable, una vez declarada la nulidad, es un contrato inválido mientras que el rescindible se refiere a contratos válidamente celebrados; no sólo porque el contrato anulable está afecto de un vicio estructural y el rescindible de un vicio funcional, sino, también, por otras diferencias secundarias como son: primero, el carácter principal de la acción de anulabilidad y subsidiario de la acción de rescisión (lo que conlleva que esta sólo puede usarse cuando no existe otro recurso legal para conseguir la reparación); segundo, la anulabilidad exige acreditar el vicio negocial, la rescisión, por contra, exige probar los perjuicios que el contrato ocasiona, y, tercero, porque la anulabilidad procede aunque las cosas objeto del contrato estén en poder de terceros de buena fe (con la excepción de que el inmueble este en poder del tercero hipotecario del art. 34 LH) mientras que la rescisión no es posible cuando las cosas objeto del contrato estén en poder de terceros de buena fe⁵⁷⁴.

En resumen, el negocio nulo y anulable son inválidos, el rescindible es válido. Y todos ellos son ineficaces. Y así, la nulidad y la anulabilidad son las formas típicas de la ineficacia de los contratos inválidos y, por el contrario, la rescisión es la forma típica y peculiar de ineficacia de los contratos válidos (art.1290 CC)⁵⁷⁵.

2.2.3 Los tipos de invalidez: crítica de la teoría bipartita de la nulidad.

2.2.3.1 Breve introducción

572DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 830.

573Ibid. p. 831. En el mismo sentido, CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 65; ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M.: *La rescisión...*, ob. cit. p. 153.

574ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M.: *La rescisión...*, ob. cit. pp. 158 y 159. Vide también sobre dichas distinciones CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho...*, T. I Vol. II cit. pp. 860 y 861. Todas estas distinciones entre la rescisión por un lado y la anulabilidad y nulidad por otro han sido recogidas por reiterada jurisprudencia entre las que cabe destacar por su claridad expositiva en la enseñanza de dichas distinciones entre otras la STS 17/04/1943 (Considerando 2º) (TOL4.458.831); la STS 27/04/1998 (FJ 2º) (TOL170.961) y la STS 06/05/2008 (FJ 3º) (TOL1.353.154).

575GORDILLO, CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 236.

En materia de nulidades destacará GORDILLO CAÑAS como la regulación legal inicialmente confusa, imprecisa y lagunosa ha exigido a la doctrina y jurisprudencia desde la codificación y hasta nuestros días un «*notable esfuerzo de clarificación y de sistematización*»⁵⁷⁶. Aun así, y reconociendo la verdad de las palabras de dicha cita, en nuestra opinión la clarificación y sistematización han sido insuficientes porque, como veremos, la doctrina mayoritaria ha reducido las formas de invalidez a dos pretiriendo otras nulidades atípicas que hubieran permitido dar una solución más precisa a los distintos problemas de invalidez que recoge nuestro Código; y lo que es peor, y como vimos en la parte introductoria de esta obra, ha configurado el sistema de invalidez del derecho privado como un sistema axiomático deductivo y en numerosas ocasiones ha invertido el orden lógico de resolución del caso concreto⁵⁷⁷.

La teoría de la invalidez negocial tal y como hoy la entendemos, ha sido elaborada, como vimos en el capítulo precedente, en época relativamente reciente por su doctrina⁵⁷⁸, pero en dicha elaboración la mayoría de ella ha adoptado una tesis dual o bipartita porque después de limitar los regímenes de invalidez exclusivamente a la nulidad radical y a la anulabilidad, a los cuales ha de ahormarse cualquier calificación de invalidez negocial, sostienen que, una vez calificada la invalidez como nulidad o anulabilidad, se deducen en cascada e inexorablemente una serie de elementos que configurarían el régimen jurídico de dichos regímenes de invalidez configurando de este modo un sistema axiomático deductivo de invalidez. Ahora bien, a lo largo de este apartado someteremos a crítica dicha tesis bipartita y veremos como una categoría jurídica como es la inexistencia no es *propio sensu* una categoría de consecuencia jurídica (como sí lo son la nulidad, la anulabilidad y las formas atípicas de invalidez) sino, simplemente, una ausencia del supuesto de hecho normativo. En cuanto a la crítica al sistema de invalidez como sistema axiomático deductivo de carácter invariable nos remitimos al principio de esta obra.

La tesis clásica tripartita sostuvo que junto a las formas típicas de invalidez (nulidad y anulabilidad) existiría un tercer género de invalidez: la inexistencia. Pero la crítica generalizada de la doctrina moderna a la categoría de la inexistencia ha eliminado de dicha tesis tripartita uno de sus componentes por lo que, por exclusión, la mayoría de la doctrina ha acabado aceptando una tesis bipartita de la invalidez. O, por mejor decir, la supresión de la categoría de la inexistencia ha permitido a la doctrina volver a la tesis bipartita que ya existía antes del intento de introducción de la inexistencia como forma de invalidez.

2.2.3.2 La tesis clásica tripartita.

Se ha defendido que junto a las formas típicas de invalidez (nulidad y anulabilidad) existiría un tercer género de invalidez: la inexistencia. Su origen histórico se encuentra

576GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 935.

577Como veremos la jurisprudencia muchas veces y de un modo técnicamente reprochable, pero irreprochable desde la visual del caso concreto, primero determinaba el resultado que consideraba justo *ad casum* y luego resolvía sobre el tipo de invalidez para adecuarlo a dicho resultado. Es decir, si, aunque se hubiere pasado el plazo de cuatro años del art. 1301 CC, consideraba de justicia conceder acción a la parte calificaría la invalidez de nulidad de pleno derecho porque si optaba por la anulabilidad la tesis bipartita le impondría la caducidad de la acción. Por otro lado, si quería negar por razones de justicia del caso concreto legitimación al recurrente calificaría el contrato de simplemente anulable porque si lo calificaba de nulo consideraba que debía declarar la legitimación absoluta (cfr. STS 29-1-1983). En el fondo hacía realidad el dicho del juez HOLMES cuando este afirmaba: «*You can give any conclusion a logical form*». (OLIVER WENDELL HOLMES, JR.: «The Path...», ob. cit.).

578LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 23.

en un intento de encontrar una solución a la exigencia de nulidades textuales que establecía el Code Napoléon lo que se consiguió mediante la introducción de la figura de la inexistencia y ha sido mantenida por numerosa doctrina principalmente francesa⁵⁷⁹. Y, como destaca MARQUEZ GONZALEZ, debido «*al rigor lógico de su construcción y a la alta autoridad de los juristas que a ella se afiliaron, esta teoría pronto hubo de cobrar gran relieve y merecer incluso el calificativo de clásica frente a la hasta entonces tradicional y añeja doctrina dualista*»⁵⁸⁰.

Como dijimos, el origen, al menos moderno, de la categoría de la inexistencia está perfectamente documentado⁵⁸¹. El legislador francés omitió consignar en el Code la nulidad expresa de los matrimonios entre personas del mismo sexo o celebrados sin el Oficial civil, pero, al mismo tiempo, exigía para declarar nulo un acto que el texto de la ley expresamente recogiera la causa de nulidad (*pas de nullité sans un texte*). Por ello, para salvar esta antinomia, se optó por declarar el matrimonio homosexual o celebrado sin el Oficial civil no nulo sino inexistente señalando DEMOLOMBE: «*Croyez-vous qu'il ne faudra tenter une demande en nullité? Mais il n'y a aucune espèce du mariage, il n'y en a pas l'ombre ni l'apparence! Il n'y a rien*». («*¿Creen ustedes que no se podrá intentar demanda de nulidad? ¡Pero si no hay especie alguna de matrimonio, no hay ni una sombra ni una apariencia! No hay nada*») ⁵⁸².

En nuestra patria, vestigios de esa tesis tripartita y, por tanto, de la categoría de la inexistencia, pueden verse tanto en la doctrina que vio alumbrar el Código y que se

579Vide MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 90 y ss. En la doctrina extranjera dicha distinción entre inexistencia y nulidad ha sido defendida, entre otros, por JAPIOT quien, como señala GORDILLO, distinguía tres formas de organización de las nulidades: nulidades de interés social, las nulidades naturales —consecuencia de las inexistencias racionales o lógicas: defecto o elemento esencial—, y nulidad de interés privado general —la anulabilidad— (cit. por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 955 y doctrina citada en n. 42). También han defendido la categoría de la inexistencia BONNECASE, quien llega a calificar a la teoría de la inexistencia como la «*verdad de los siglos*», y JOSSERAND (cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 173). Sobre las teorías de JAPIOT, BONNECASE y PIEDELIEVRE puede verse una apretada síntesis en MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 92-107.

580MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 92.

581Sobre el origen histórico reciente de la inexistencia véase LUTZESCO G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 165-168; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 464; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 957; mismo autor «Violencia...», ob. cit. pp. 243, 245 y 252; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 306 y 327 y ss.; MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 91. Sobre el origen histórico remoto no han faltado romanistas que señalan que la inexistencia, como figura distinta de la nulidad, tiene su origen en el Derecho Romano. Así, expone ROBLEDA, en posición que critica, como diversos autores, entre los que destacan Mitteis, Kniep, Betti y Perozzi, consideran [con base en un texto de GAYO (3, 176; 179)] que el derecho romano diferenciaba entre la *stipulatio* hecha por un esclavo y la realizada por una mujer o pupilo sin la *auctoritas* del tutor. Esta última si bien no producía ninguna obligación positiva, causaba la *novatio* de la obligación precedente que eventualmente existiese; sin embargo, la *stipulatio* realizada por un esclavo no producía dicho efecto. De ello deducían dichos autores que en derecho romano la *stipulatio* realizada por un esclavo era un acto jurídico inexistente y la realizada por una mujer o pupilo sin la *auctoritas* del tutor un acto nulo, privado, sí, de efectos positivos, pero, por poseer una existencia jurídica, capaces de efectos, siquiera fuesen negativos (ROBLEDA, O. *La nulidad...*, ob. cit. pp. 306-307). Según ROBLEDA existió otro supuesto de inexistencia, para él el único, como figura distinta de la nulidad porque el matrimonio realizado sin consentimiento, es decir como una mera exterioridad, era insubsanable e inexistente mientras que el matrimonio celebrado con consentimiento, pero con un impedimento dirimente era sanable (D. 23, 2, 65, 1) si perseveraba el consentimiento mediante la «*sanatio in radice*» por lo que era un matrimonio existente, aunque nulo (ibíd. p. 308-309). Por contra, y con argumentos más convincentes a favor de que el derecho romano no conocía la inexistencia vide LUTZESCO G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 184.

582DEMOLOMBE cit. y trad. por MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 91; ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 52. Sobre dicho origen francés vide GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 955 y doctrina citada en n. 42; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 35 n. 92.

sentía muy próxima al debate habido en Francia⁵⁸³ como en nuestra jurisprudencia que llegará a afirmar que «*es doctrina, tanto jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad radical o absoluta*»⁵⁸⁴ o que «*no es dable confundir el negocio nulo con el inexistente*»⁵⁸⁵.

Más clara es aún la STS 1-2-1999 que acepta una tesis tripartita al señalar que la invalidez es aquella ineficacia «*determinada por causa intrínseca al propio contrato provocando que carezca de validez (por inexistencia, por nulidad absoluta o por anulabilidad)*»⁵⁸⁶. Nótese, por otro lado, que dicha resolución enumera solo tres tipos de invalidez en unos términos disyuntivos tales que parece implicar, *a contrario sensu*, que no caben otras formas de *invalidez*. También diferencia claramente la nulidad y la inexistencia, entre otras, la STS de 10-11-2004⁵⁸⁷ pero, como veremos, la tendencia actual mayoritaria del TS es incluir la inexistencia dentro de la nulidad utilizando indistintamente el término inexistencia en claros supuestos de nulidad absoluta⁵⁸⁸.

2.2.3.3 Crítica a la categoría de inexistencia.

La categoría de la inexistencia, cuyo origen histórico reciente como vimos surge como un intento de superación de la nulidad textual «*no hay nulidad sin texto*»- y como un «*sustitutivo in extremis de una nulidad imprevista por obvia*»⁵⁸⁹, intentó, en su tendencia expansionista primigenia, extenderse de los supuestos para los que fue creado que era el de las inexistencias racionales (no verificación del supuesto de hecho negocial) a las inexistencias legales (la contravención de la norma imperativa) llegándose a proponer por algún autor aislado incluso la supresión de la categoría de la nulidad absoluta⁵⁹⁰. Consecuencia inevitable de tan desahogada tendencia expansiva⁵⁹¹ ha sido la crisis de la

583Entre los primeros comentaristas de nuestro Código utilizan el término inexistencia, entre otros, VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado...*, T.I. ob. cit. p. 506 y MANRESA Y NAVARRO, J.M^a.: *Comentarios*, T VIII, ob. cit. p. 766, llegando, este último, a calificar a la inexistencia como «*un grado mayor en la ineficacia de las convenciones*» que la nulidad. Mas recientemente ha sostenido dicha tesis tripartita SANTOS BRIZ no solo en su obra doctrinal (SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil: teoría y práctica. TIII Derecho de obligaciones* Ed. RDP, Madrid 1973, pp. 449 y 453), sino también en sus sentencias (STS 14-3-1983; TOL1.738.802).

584STS 14-3-1983 (TOL1.738.802). En su comentario a esta sentencia DELGADO ECHEVARRIA resalta lo peligroso que resulta el resumen doctrinal y jurisprudencial que realiza dicha resolución «*por dar a entender que las únicas figuras posibles de ineficacia son la anulabilidad y la nulidad radical (a la que se añade la inexistencia, si bien para darle el tratamiento de esta última)*» (DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Inexistencia, nulidad y anulabilidad. Usucapión: justo título. Causa ilícita. Venta de cosa ajena» en *CCJC* nº 2, abril/agosto 1983, pp. 465-472 y p. 469).

585S. 14 mayo 1929, cit. por DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio*, ob. cit. p. 469 n. 23.

586STS 01/02/1999 (TOL322.176).

587STS 10/11/2004 (TOL513.453) que señala que: «*Dicha sentencia se basa en la "inexistencia" del acuerdo, por lo que no puede calificarse de nulo o anulable. Esta Sala entiende, por el contrario, que el acuerdo efectivamente se adoptó en la Junta de la Mancomunidad, pero que es nulo por contravenir el art. 15 LPH de 1960*».

588ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. M.: *La rescisión...*, ob. cit. pp. 110-111. Un análisis jurisprudencial en PASQUAU LIAÑO, M.: «Artículo 1261» en *Jurisprudencia civil comentada*, T. II. Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 2160 y ss.

589Expresión de GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 245 (en parecido sentido p. 252).

590Así, nos dice PIZE a propósito de la nulidad absoluta en 1897 que: «*debe rechazarse este tipo bastardo, híbrido, intermedio entre la inexistencia y la anulabilidad, que toma caracteres de una y otra*» (en PIZE: *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, Tesis Lyon 1897 p. 261 cit. por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 171 n. 4).

591De «*delirio expansionista*» lo llega a calificar expresivamente GORDILLO (en GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 245 y en GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad...*, ob. cit. p. 260). Más detalladamente sobre dicha tendencia expansionista de la inexistencia véase LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 168-171; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 957; del mismo autor: «Violencia...

figura porque ya no era posible deslindarla nítidamente de la nulidad⁵⁹². Además, dicha institución quedará desprovista de la razón que la vio nacer -la nulidad textual- dado que se admitirá la nulidad virtual. Finalmente, dirá de modo expresivo LUTZESCO, que: «*el ámbito de las nulidades absolutas surgió de nuevo y el majestuoso edificio de la inexistencia se convierte en un modesto pabellón pobremente acondicionado en el que quedan algunos "muertos", cuidadosamente embalsamados con el perfume sagrado del derecho natural y velados por las raras crepitaciones de algunos cirios mantenidos por quienes no cesaron de otorgarle su fidelidad*»⁵⁹³.

Y así, aunque mantenida por algún defensor apasionado minoritario y por un sector de la doctrina italiana⁵⁹⁴, la inexistencia ha estado sometida a una fuerte crítica histórica⁵⁹⁵ y, lo que es más importante, a una férrea crítica dogmática llegándose a afirmar, con razón, que la categoría de la inexistencia carece de utilidad y de necesidad⁵⁹⁶. Y ello no sólo porque, desde el punto de vista de la lógica formal resulta prácticamente imposible distinguirlo de la nulidad⁵⁹⁷ ya que no se ofrece criterio seguro para calificar la especialidad del supuesto de hecho⁵⁹⁸; no solo porque la inexistencia más que una sanción jurídica es una ausencia del supuesto de hecho de la norma⁵⁹⁹ y no solo porque la mayor parte de la doctrina considera la inexistencia contractual un supuesto de

cia...» ob. cit. pp. 243 y 245.

592GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 243.

593LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 172-173.

594Así, p. ej. **en la doctrina francesa**, BONNECASE calificará la teoría de la inexistencia como «*la verdad de los siglos*» (*Précis de droit civil*, T. I y II. París. 1935 pp. 82 y 160 cit. MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 11; por LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 174 y por GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 243 n. 80). **En la doctrina italiana** distinguen entre inexistencia y nulidad BETTI, E.: *Teoría General...* [ed. 2018], ob. cit. p. 341 y CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio jurídico*, ob. cit. pp. 275-278 con cita de numerosa doctrina italiana, francesa y alemana (ibíd. p. 276 n. 26) señalando, este último, que en derecho italiano los negocios nulos, a diferencia de los inexistentes, excepcionalmente pueden convalidarse por confirmación (arts. 590 y 799 Código), pueden producir efectos diversos de los suyos propios (art. 1338 Código) o efectos más limitados (art. 128 Código) o pueden convertirse en otro negocio del cual tenga los elementos (art. 1424 Código). En contra de dicha distinción puede verse STOLFI G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 79 n. 2 que señala que dicha distinción quizá esté justificada en la doctrina francesa que se apoya en la máxima “*pas de nullité sans texte*” pero no en Italia donde dicha máxima solo se aplica a los actos procesales.

595Frente al intento de BONNECASE de considerar a la teoría de la nada (i.e. de la inexistencia) como «*la verdad de los siglos*» con precedentes en derecho romano o en el antiguo derecho francés, afirmará en 1938 LUTZESCO que: «*la “verdad de los siglos” está muy cerca de nosotros. El pasado no le pertenece, no le ha pertenecido nunca ni le pertenecerá jamás. La inexistencia queda situada en la mitad del último siglo*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 186).

596Por todos, DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 455 donde señala que la categoría de la inexistencia «*carece seguramente de utilidad y de necesidad. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta. Y carece de necesidad, porque ...no es preciso que la nulidad este taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del derecho*» (en el mismo sentido, del mismo autor, «Eficacia...», ob. cit. p. 825 y haciéndose eco de dichas palabras, SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 666) si bien más adelante precisará que quizá pueda mantenerse la categoría para colmar ciertas lagunas del ordenamiento «*aunque señalando que en rigor se reconduce a una nulidad radical y absoluta*» (ibíd. p. 457). Véase también la fortísima crítica a la teoría de la inexistencia de LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 165 -238 especialmente pp. 179 y ss.

597Vide en este sentido LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 177 y 229-231

598Así, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 465 si bien sostiene que la categoría de la inexistencia se ha mantenido «*a pesar de lo insistente y fundado de las críticas*» debido a «*su utilidad, sus servicios en el pasado y los que se adivinan puede prestar en el futuro*».

599La nulidad, como sanción jurídica, presupone, dice PASQUAU, la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano del supuesto de hecho (en PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 161 y ss.). Como señala CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: (*Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 37) la inexistencia no es una categoría jurídica sino una calificación que se hace de unos hechos extra jurídicos por lo que la definición de dichos hechos no cabe dentro de la teoría jurídica de la ineficacia.

nulidad radical⁶⁰⁰ (la nulidad radical incluiría la ausencia de requisito esencial -art. 1261 CC- y la infracción de ley imperativa – art. 6.3 CC-) sino, sobre todo, porque no tiene ningún sentido práctico: nos obliga a un esfuerzo constructivo que nos llevará, inevitablemente, al mismo lugar que el régimen de la nulidad absoluta porque la inexistencia carece de consecuencias distintas que la nulidad radical⁶⁰¹.

En resumen, «*el concepto de inexistencia del negocio, ha dicho De los Mozos, carece de la entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades*»⁶⁰² y solo por razones de oportunidad no se ha desterrado del todo de nuestro derecho y jurisprudencia, pero la inexistencia, más que una categoría independiente dentro de la teoría de las nulidades es un simple recurso dialéctico al que se recurre para reforzar la categoría de la nulidad absoluta⁶⁰³. Así, puede afirmarse con DURAN RIVACOBRA que actualmente: «*la dicotomía entre nulidad e inexistencia pertenece al capítulo de lo anecdótico, pero irrelevante al día de hoy. Más indica intención que otra cosa, pues carece de repercusiones prácticas, salvo la vehemencia en su apunte*»⁶⁰⁴. Por todo ello, no es de extrañar que LUTZESCO califique la inexistencia de «*rico arsenal de ilusiones*», de «*imponente cortejo de herejías*», de «*poderoso espejismo*» o de teoría edificada sobre el falso fundamento de la concepción orgánica del acto jurídico⁶⁰⁵. O bien que DIEZ PICAZO la considere «*una construcción artificial de la doctrina francesa*»⁶⁰⁶ y señale que el concepto así diseñado carece de utilidad, porque no produce unas consecuencias jurídicas mayores que la nulidad absoluta, y de necesidad, porque actualmente se admite la nulidad virtual⁶⁰⁷.

600Así, entre otros, JORDANO FRAGA señalará: «*Creo, con Gordillo ... que la inexistencia no es un régimen de ineficacia a sé (un tertium quid), pero, a diferencia de él pienso que, en el actual estado de nuestro Derecho positivo, los casos de inexistencia contractual son supuestos de nulidad radical*» (en JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. pp. 339-340). Vide la numerosa bibliografía favorable a considerar la inexistencia un supuesto de nulidad radical en ob. cit. p. 340 n. 453.

601ASUA GONZALEZ, C.: «Comentario al artículo 1261 Cc» en *Comentarios...* T. VI, p. 9054. Como señalan DELGADO y PARRA: «*El TS utiliza habitualmente el término “inexistencia” referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261, reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6º-3 CC. Pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante*» (en DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 43).

602DE LOS MOZOS, J.L.: *El negocio jurídico: (Estudios de derecho civil)* Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 571-572; también en «Nulidad...» ob. cit. p. 614.

603DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 614; también en *El negocio jurídico*, ob. cit. p. 567.

604DURÁN RIVACOBRA, R.: *Donación de Inmuebles. Forma y Simulación*. Ed. 2ª. Thomson Aranzadi. Pamplona. 2003, p. 176.

605LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 233.

606DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 824. En similar sentido se pronuncia en la doctrina argentina BUTELER que califica la inexistencia de «*engendro artificial de la doctrina francesa*» (BUTELER, J.A.: «El problema de la clasificación de las nulidades» en *Estudios de derecho civil en Homenaje a Héctor Lafaille*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, p.194) y en México GARCIA ROJAS, G. que la califica de «*estrambótica, inútil, complicada, innecesaria y perniciosa*» (GARCIA ROJAS, G.: «La inexistencia de los contratos» en *El Foro* 5ª época núm. 20. México 1970, p. 56) cit. por MARQUEZ GONZALEZ, J.A. *Teoría...*, cit. pp. 11-12.

607La doctrina clásica sostuvo en España la virtualidad de la nulidad y la textualidad de la anulabilidad porque mientras que «*los casos de nulidad pueden deducirse implícitamente de las normas de la Ley; en cambio los casos de anulabilidad han de ser expresamente indicado en la Ley*» (VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 310) señalando DE CASTRO que la enumeración realizada por el art. 1301 CC de los vicios o defectos a los que se aplica la anulabilidad era exhaustiva (DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 500.). Pero no faltan autores que recientemente defienden que la anulabilidad no es una excepción frente a la nulidad de pleno derecho (VAZQUEZ DE CASTRO, E. últ. ob. cit. p. 311; CARRASCO PERERA, A.: «Comentarios al art.6.3 del CC.», cit. p. 830) apreciándose una tendencia restrictiva de la nulidad y expansiva de la anulabilidad (GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 983; DORAL GARCIA, J.A.: *El contrato...*, ob. cit. p. 155).

Y es que la categoría de la inexistencia sólo sería útil si tuviera consecuencias diferentes a las del contrato nulo y aunque se ha señalado como tales diferencias la conversión excepcional del negocio nulo⁶⁰⁸ y que la nulidad no siempre es apreciable de oficio⁶⁰⁹ dichas diferencias no son suficientes para considerar la figura de la inexistencia como diferente de la nulidad de pleno derecho (principalmente porque los contratos en que falta algún requisito del 1261 están sujetos al mismo régimen que los contrarios a las leyes, es decir al régimen genérico de la nulidad de pleno derecho) de modo que la “inexistencia” no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino simplemente «*un instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad*»⁶¹⁰.

Como consecuencia de la crítica a la categoría de la inexistencia esta va a refundirse, en la mayoría de los tratados doctrinales, con la nulidad en una única forma de invalidez, la nulidad de pleno derecho, que ahora englobará dos causas: la ausencia de requisito esencial -art. 1261 CC- y la infracción de ley imperativa -art. 6.3 CC- siendo esta la posición más extendida en la doctrina⁶¹¹. Refundición que transformará la tesis tripartita de la invalidez en bipartita.

2.2.3.4 La inexistencia en nuestra jurisprudencia.

Como hemos visto diversas sentencias del TS parecen aceptar la tesis tripartita que incluye como forma de invalidez, junto a la nulidad absoluta y a la anulabilidad, la categoría de la inexistencia. Expresión de dicha tesis tripartita son las STS 1-2-1999 (TOL322.176) o la STS 10-11-2004 (TOL513.453) analizadas antes. Pero la tendencia actual mayoritaria de nuestro TS es incluir la inexistencia dentro de la nulidad -o viceversa- utilizando indistintamente el término inexistencia en claros supuestos de nulidad absoluta⁶¹². Así, señalará la STS 10/09/1997 que la nulidad «*se ha de entender como dentro de la categoría de inexistencia, que es el grado superior de la invalidez de los contratos*»⁶¹³. Doctrina recogida por numerosas sentencias de nuestra jurisprudencia menor⁶¹⁴.

608La conversión (previsto p. ej. en arts. 140 BGB y 1424 Código) es aquel fenómeno por el cual «*un negocio nulo produce por su transformación alguno de los efectos prácticos queridos por las partes, siempre y cuando se reúnan determinados requisitos esenciales para la validez del nuevo negocio*» (RIERA AISA, L.: voz «Conversión (del negocio jurídico)» en NEJ T. V. p. 714). Nuestro derecho contempla excepcionalmente la conversión del negocio nulo (p. ej. art.715 CC; ant. 1223 CC; 450 CCom; 719 y 729 CCom; 463 CCom), figura que responde a ciertos principios fundamentales (de autonomía de la voluntad -1255 CC-, conservación del negocio -art.1284 y 1289 CC economía jurídica, utile per inutile non vitiatur) y que es difícilmente explicable desde una concepción bipartita (*quod nullum est nullum effectum producit*) porque permite configurar una nulidad radical que sí produce algún efecto.

609DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 44.

610Ídem. La confusión acerca de la figura de la inexistencia se extiende a los supuestos incluidos en la misma y a sus efectos. Como señala VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Illicitud*, ob. cit. p. 342, aun admitiendo la distinción entre inexistencia y nulidad, la doctrina señala que es «*hartamente complicado*» encontrar casos claros de contratos inexistentes. Vide más ampliamente ibíd. pp. 343-347.

611En la doctrina véase la numerosa bibliografía favorable a dicha refundición citada por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 955 n. 39. En todo caso, como destaca este autor, la victoria de los negadores de la inexistencia ha sido pírrica porque niegan la inexistencia «*pero sólo en lo terminológico, para admitirla bajo el nombre de nulidad, introduciendo en el ámbito de ésta supuestos antes ajenos a ella y que de ningún modo encajan en las características diferenciadoras de su régimen*» (GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 244; del mismo autor «Nulidad...», ob. cit. p. 957)

612ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a. M.: *La rescisión...*, ob. cit. pp. 110-111.

613STS 10/09/1997 (TOL216.609).

614Entre otras, SAP Santander -Secc. 2^a- de 15/01/2008 (TOL1.293.393); SAP Madrid – Secc. 10^a-06/07/2006, FJ 21 (TOL1.043.215); SAP Málaga Secc. 5^a 15/03/2005 (TOL1.194.587); SAP Vizcaya Secc. 3^a de 17/06/2009 (TOL1.588.371); SAP Álava Secc. 2^a de 05/06/2006 (TOL1.077.446).

En resumen, el TS habría evolucionado de una primera etapa en que distinguía las categorías de inexistencia y nulidad a otra etapa posterior en la que lleva a cabo una configuración unitaria de ambas categorías empleando indistintamente ambas expresiones como referidas a una misma realidad⁶¹⁵.

2.2.3.5 El renacimiento de la categoría de la inexistencia

A) A nivel nacional: la inexistencia como situación peculiar del supuesto de hecho negocial.

GORDILLO CAÑAS recientemente ha defendido la categoría de la inexistencia⁶¹⁶ pero no como un concreto régimen de ineficacia sino «*como una posible situación o calificación peculiar del supuesto de hecho negocial*», concretamente como inexistencia racional por no concurrencia de los elementos esenciales del negocio jurídico que exige el art. 1261 CC⁶¹⁷. La inexistencia, pues, no sería (a diferencia de la nulidad y anulabilidad) «*un específico y unitario tipo general de ineficacia negocial*»⁶¹⁸; ni un *tertium quid* entre nulidad y anulabilidad⁶¹⁹, sino una situación particular del supuesto de hecho contractual (que consiste en la no concurrencia en el supuesto de los elementos esenciales del contrato) que podrá tratarse a través de la sanción de nulidad, de anulabilidad o cualquier otro régimen específico y singular o incluso excepcionalmente podrá tratarse declarándose la eficacia del acto inexistente⁶²⁰. Así, mientras la inexistencia, estrechamente vinculada a la visión organicista del acto jurídico, alude «*a una situación del supuesto de hecho atendida a consideraciones sobre su calificación o valoración estructural*»⁶²¹ la nulidad y anulabilidad «*se configuran históricamente y se*

615ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a. M.: *La rescisión...*, ob. cit. p. 112. Expresión de dicha equiparación entre nulidad e inexistencia es, entre otras, la STS 14-3-1983 (TOL1.738.802) que, aunque empieza distinguiendo, entre los grados de invalidez, la inexistencia, la nulidad absoluta y la anulabilidad inmediatamente afirmará: «*el capítulo que trata en el CC de la nulidad de los contratos no se refiere a los radicalmente nulos, que deben considerarse como inexistentes*».

616GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 935-983 en particular pp. 955-965 y 970; del mismo autor «Violencia...», ob. cit. pp. 214-260. Así, señala este autor que a la vista de los arts. 1261 parece evidente que el CC acoge la categoría de la inexistencia (en «Violencia...», ob. cit. p. 254). Al estudio de dicha categoría dedica parcialmente sus trabajos «Violencia...» y ob. cit. y «Nulidad...», ob. cit.

617GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 959. *Ibid.* pp. 960 y 970.

618*Ibid.* p. 959. En el mismo sentido del mismo autor «Violencia...», ob. cit. pp. 215, 245 y 251-252.

619GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 960 y «Violencia...», ob. cit. pp. 245 y 247. Y no es un *tertium quid* porque, señala GORDILLO, ello implicaría admitir que la ineficacia natural transcurre, en todo caso, por un cauce único de ineficacia lo cual es incorrecto («Violencia...», ob. cit. p. 247) ya que, a su juicio, los supuestos de inexistencia racional podrán encauzarse, según sea el interés protegido, a través del régimen de anulabilidad (si se protege un interés particular disponible) o a través del régimen de nulidad (si el interés protegido es indisponible) («Nulidad...», ob. cit. pp. 961 y 962).

620Y debe acudir para determinar las consecuencias jurídicas de la inexistencia racional a la nulidad, anulabilidad u otro régimen atípico porque, señala GORDILLO, «*el Código señala con claridad cuáles son las causas (1263, 1265 ss.) y el régimen de la anulabilidad (1300 a 1304. y 1307 a 1314); cuales las causas (1255; 1271; 1275; 6.3) y el régimen de la nulidad (6.3; 1305-1306). En cambio, en cuanto a la inexistencia se limita a señalar sus causas (1261, 1273, 1275), sin asignar un específico régimen al procedimiento para su comprobación y para hacerla valer*» («Violencia...», ob. cit. p. 254). En todo caso, como decimos, la inexistencia excepcionalmente también podrá tratarse declarando la eficacia del acto inexistente (GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 960; «Violencia...», ob. cit. p. 255) y, así, propone este autor como ejemplo de actos inexistentes eficaces la reserva mental. Se trataría de un supuesto de inexistencia racional pero que en atención al principio de autorresponsabilidad y confianza se considera eficaz «*imponiéndose al declarante cargar con los efectos de la declaración tal como esta es inteligible al externo por la contraparte o los terceros*» («Violencia...», ob. cit. p. 247). Sobre supuestos de actos inexistentes eficaces en derecho comparado vide GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 962.

621GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 959. Véase la crítica que realiza LUTZESCO a la concepción orgánica del acto jurídico que considera el falso fundamento sobre el que se ha edificado la

diferencian atendiendo a consideraciones funcionales: al servicio de la imperatividad legal bono público, la nulidad; al servicio del interés privado, la anulabilidad»⁶²². La inexistencia, concluye este autor, «es una posibilidad de hecho (por no verificación del supuesto negocial) significativa en Derecho de una particular causa de ineficacia (supuesto impeditivo de la misma), pero no determinante ni constitutiva de un régimen (ni específico, ni común) unitario de ineficacia. Su impronta estructural-organicista la mantiene en el campo de la etiología, no en el del tratamiento (funcional) de la ineficacia»⁶²³.

En el fondo, para GORDILLO, la inexistencia, entiéndase inexistencia racional porque la inexistencia legal es un supuesto de nulidad, pertenece exclusivamente al ámbito del supuesto de hecho normativo negocial (es la no concurrencia en el supuesto de los elementos del contrato⁶²⁴). Por contra, la nulidad y anulabilidad pertenecerían al ámbito de las consecuencias jurídicas (respecto de las cuales configuran, la nulidad y anulabilidad, dos regímenes jurídicos diferenciados). Por eso, si no concurre el supuesto de hecho del contrato (es decir, si no concurren los requisitos del art. 1261 CC) el contrato será inexistente (inexistencia racional), pero las consecuencias de esa inexistencia deberán articularse a través de los regímenes jurídicos que regulan, ya no el supuesto de hecho, sino las consecuencias jurídicas de dicha ausencia del supuesto de hecho: y dichos regímenes jurídicos son la nulidad radical, anulabilidad o, en su caso, la forma atípica de invalidez que proceda. Así, ejemplificará GORDILLO señalando que no siempre las inexistencias racionales deben encauzarse a través del régimen típico de la nulidad de pleno derecho⁶²⁵, sino que, por contra, existirán actos inexistentes en su consideración estructural (v.gr. el error obstativo, los actos de los naturalmente incapaces o los obtenidos por vis ablativa o absoluta⁶²⁶) que deben encauzarse, en

teoría de la inexistencia (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 233) llegando a calificar dicha concepción organicista de «verdadero conjunto de herejías» (*ibid.* p. 235). Dicha concepción orgánica del acto jurídico, que considera este como un organismo con sus diversas fases: vida, muerte, enfermedad, curación (*ibid.* p. 236) y concibe la nulidad no como sanción sino como cualidad del acto que entraña necesariamente ciertos atributos (*ibid.* p. 234), según LUTZESCO debe ser desechada porque ha introducido, con su retórica y sus metáforas anatómicas no trasplantables al orden jurídico, una enorme confusión en la teoría de las nulidades (*ibid.* pp. 236, 294, 367 *et passim*).

622GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 959. Nótese que, en lo relativo al deslinde las formas de invalidez, GORDILLO CAÑAS sigue la teoría bipartita de LUTZESCO que distingue entre nulidades absolutas y relativas según el interés público o privado que inspiró la redacción de la ley prohibitiva (vide LUTZESCO, G.: *Teoría*, cit. pp. 239 y ss. *et passim*).

623GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 962.

624GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 246.

625Ibid. p. 244.

626En cuanto al error obstativo y los actos de los naturalmente incapaces vide GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 250. En cuanto a la vis absoluta comparto la tesis de DE CASTRO (*El negocio...*, ob. cit. pp. 133-134) y de GORDILLO («Violencia...», ob. cit. p. 260) de que el art. 1267 CC se refiere a la violencia viciante y no a la vis absoluta o ablativa. Los argumentos sistemáticos que expone De CASTRO y los argumentos históricos y gramaticales que proporciona GORDILLO CAÑAS (vide «Violencia...», ob. cit. p. 223 y ss y 230) me parecen convincentes. Lo que ya no estoy tan de acuerdo es con la tesis de GORDILLO («Violencia...», ob. cit. pp. 255, 259, 260) de que, aun así, los supuestos de violencia absoluta que serían, en cuanto al supuesto de hecho, de inexistencia racional deben encauzarse, en cuanto a las consecuencias jurídicas, a través del régimen de la anulabilidad porque, dice este autor, se refiere a un interés privado disponible («Violencia...», cit. especialmente pp. 242 y 260). Y mi desacuerdo viene por varias razones: **primero** porque da un régimen jurídico unitario a supuestos absolutamente dispares. La igualdad, para ser justa, ha de consistir en igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales o, dicho en otros términos, debe tratarse igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y los supuestos de violencia viciante y violencia absoluta son absolutamente desiguales y no pueden recibir el mismo tratamiento. Es cierto, se dirá, que el camino para llegar a idéntico resultado es distinto porque en la vis absoluta hay inexistencia del supuesto de hecho y dicha inexistencia, dice GORDILLO, se encauza, en cuanto a las consecuencias jurídicas, a través del régimen de la anulabilidad mientras que en la violencia viciante existe el supuesto de hecho negocial -eso sí viciado- y se apli-

cuanto a sus consecuencias jurídicas, a través del régimen de la anulabilidad por ser dicho régimen el más adecuado en atención a consideraciones funcionales (la disponibilidad del interés protegido)⁶²⁷, pero también existirán actos inexistentes en su consideración estructural (v.gr. el contrato simulado) que deben ser tratados, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a través del régimen de la nulidad de pleno derecho por ser dicho régimen el más adecuado en atención a consideraciones funcionales (indisponibilidad del interés, su adscripción al orden público o la infracción de ley imperativa o prohibitiva)⁶²⁸. Y, por último, existirán actos inexistentes en su consideración estructural (v.gr. el supuesto de *falsus procurator*) que deben ser tratados, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a través del régimen de ineficacia peculiar debida a inexistencia previsto en el art. 1259 y concordantes del CC⁶²⁹.

La principal crítica que merece la teoría de GORDILLO CAÑAS es que ¿cómo va a ser un contrato inexistente encauzable a través del régimen jurídico de la anulabilidad si los artículos 1300 CC y 1310 CC exigen para aplicar el régimen de la anulabilidad que en los contratos «*concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261*», es decir que tengan existencia racional? Frente a dicha fundada crítica, argumentará GORDILLO que la concurrencia de los elementos esenciales del contrato que exige el art. 1261 para que exista contrato (sobre todo en lo relativo al consentimiento y la capacidad) y los artículos 1300 y 1310 CC para que dicho contrato sea anulable debe apreciarse no jurídico valorativamente sino materialmente⁶³⁰.

Asimismo, considera VAZQUEZ DE CASTRO⁶³¹ que, aunque la inexistencia es un concepto inútil, porque sus consecuencias coinciden con las de la nulidad radical, y obsoleto, porque los problemas para cuya solución históricamente surgió, en esencia la exigencia de la nulidad textual, se encuentran superados al admitirse la nulidad virtual, y aunque la inexistencia sólo pueda concebirse como una causa de nulidad y no como una especie de la ineficacia, es preciso distinguir la nulidad y la inexistencia porque se

ca ex arts. 1267 y 1300 y ss. el régimen de la anulabilidad. Pero el resultado es el mismo cuando parece lógico entender que el derecho debería distinguir regímenes jurídicos en atención a la mayor gravedad de la primera sobre la segunda. **Segundo** porque se podrá mantener -y aquí lo hacemos siguiendo el innegable magisterio de DE CASTRO y de GORDILLO- que el art. 1267 CC se refiere a la violencia viciante o se podrá mantener, de acuerdo con numerosa doctrina, que se refiere a la vis absoluta, pero, adoptada una u otra solución, se excluirá del ámbito de aplicación la contraria precisamente porque si el Código quiso distinguir entre ambas violencias -incluyendo una en el art. 1267 y a contrario excluyendo la otra- nosotros no deberíamos no distinguir en cuanto a su régimen jurídico unificándolo (argumento *inclusio unius exclusio alterius*). **Tercero**, porque aplicar al contrato arrancado con *vis absoluta* el régimen clásico de la anulabilidad obligaría a la víctima a interponer la demanda de anulabilidad o verá como el contrato queda confirmado por transcurso del tiempo y además dicho contrato anulable desplegará todos sus efectos entre las partes hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad. Y, a nuestro entender, en los casos de violencia absoluta (p.ej., forzar de modo irresistible la mano de otra persona para imprimir la huella digital) es desmesurado que el (no)negocio despliegue efecto alguno -incluso tributario- mientras no se impugne o que quede confirmado por el transcurso del tiempo. En el negocio anulable se estaría obligando a la víctima a actuar para hacer cesar algo que nunca, ni siquiera remotamente, consintió. La solución al supuesto de vis absoluta a nuestro entender es aceptar con GORDILLO que en dichos supuestos hay una inexistencia racional por no concurrencia del supuesto de hecho negocial -por no haber consentimiento; ni viciado ni no viciado- pero, a diferencia de dicho autor, entendemos que no debe encauzarse, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, a través de la anulabilidad sino a través de la nulidad penal por cuanto se han vulnerado bienes jurídicos esenciales -la libertad - con transcendencia penal y, por tanto, sometiendo el contrato (*rectius*, el no contrato) al régimen del art.127 y ss. del Código penal (no obstante GORDILLO CAÑAS critica esta tesis en «Violencia...», ob. cit. p. 258).

627 GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 962.

628 Ibíd. p. 961.

629 GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 251; sobre este tema volveremos más adelante.

630 GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 964-965

631 VAZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 327 y ss.

encuentran en planos distintos⁶³². Y ello por la siguiente razón: es cierto que el efecto de la nulidad puede llegar o por la ausencia de algún requisito esencial del contrato (inexistencia) o por contravenir el contrato norma imperativa o prohibitiva, pero mientras la inexistencia va a tener siempre como consecuencia necesaria la nulidad radical y es una causa de nulidad estructural, por contra la contravención por el contrato de una norma prohibitiva o imperativa (art. 6.3 CC) va a producir, en su caso, una ineficacia funcional que no tiene por qué traducirse siempre en un resultado de nulidad de pleno derecho⁶³³. Así, concluye este autor, mientras la inexistencia es siempre causa de nulidad, la ilicitud no tiene por qué necesariamente provocar la nulidad del contrato ya que en tales supuestos caben, al amparo del art 6.3 CC, otras posibilidades⁶³⁴.

Por último, han sostenido también la necesidad de conservar dicha distinción, si bien de soslayo, CARRASCO PERERA quien *«aplaude el esfuerzo que recientemente ha emprendido Gordillo por restaurar la categoría de la «inexistencia» contractual»*⁶³⁵, MORALES MORENO⁶³⁶ y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁶³⁷.

B) A nivel europeo: la inexistencia como régimen jurídico distinto de la nulidad

En la doctrina italiana se ha sostenido que *«pueden distinguirse, incluso en el derecho privado, la inexistencia y la nulidad (absoluta)»*⁶³⁸ porque en el negocio inexistente, al contrario que en el nulo, no existe ni siquiera la figura exterior, la apariencia de los elementos necesarios⁶³⁹ entendiendo que las consecuencias son distintas ya que mientras que el negocio nulo es susceptible de conversión (art.1424 Código) excepcionalmente es convalidable (arts. 590 y 799 Código) y puede producir efectos diversos de los suyos propios (art.1338 Código) o efectos más limitados (así el matrimonio putativo del art. 128 Código), por contra, nada de esto es concebible para los negocios inexistentes⁶⁴⁰.

Más recientemente, el anteproyecto de CEC contiene una regulación de la inexistencia en sus artículos 137 y 138 distinguiendo dicha figura de la nulidad. A diferencia de la tesis de GORDILLO, en que la inexistencia no es un régimen jurídico sino una peculiar situación del supuesto de hecho negocial, en dicho anteproyecto parece configurarse la inexistencia como un régimen jurídico distinto de la nulidad y de la anulabilidad. La inexistencia sería, en dicho anteproyecto, un tipo de anomalía contractual consistente en la ausencia de un mínimo esencial para que pueda ser reconocido exteriormente como contrato⁶⁴¹ enunciando, dicho anteproyecto, diversos supuestos de inexistencia⁶⁴² y

632Ibíd. p. 331 y p. 404.

633Ibíd. pp. 331-332.

634Ibíd. p. 334 y 336.

635CARRASCO PERERA, A.: «Comentarios al art. 6.3», cit. n. 26.

636MORALES MORENO A.M.: «Comentario al art. 1265 del Código Civil» en *Comentarios Edersa T. XVII*, Vol. 1º B n. 16.

637LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 27, autora que, aunque reconoce *«que, posiblemente, la “inexistencia” sea una categoría con cierta utilidad»* no obstante prescinde en su obra de semejante distinción.

638CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 275-276.

639Ibíd. p. 276.

640Ibíd. p. 277.

641Art.137.1: *«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».*

642Art.137.2: *«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 [...] no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última; d) si el he-*

dando primacía, en caso de duda, a la solución de la nulidad sobre la de la inexistencia⁶⁴³. A la vista de dicho anteproyecto, PARRA LUCAN ha defendido la utilidad de la distinción que contendría diferencias, sutiles, entre el régimen jurídico de la inexistencia y de la nulidad⁶⁴⁴.

En todo caso, a nuestro juicio, la categoría de la inexistencia es, por las razones ya expuestas, una categoría innecesaria e inútil; es la ausencia del supuesto de hecho negocial que procede cuando no es reconocible un acto de la autonomía privada y falta una situación social identificable como contrato⁶⁴⁵, pero no un régimen de consecuencias jurídicas, consecuencias que deberán articularse a través de los regímenes jurídicos de invalidez o incluso excepcionalmente mediante la eficacia del acto inexistente (p. ej. supuestos de reserva mental). Pero resta saber, y a ello dedicamos las próximas páginas, si dichos regímenes unitarios de consecuencias jurídicas de la invalidez son solamente la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad (tesis bipartita) o, si junto a ellos, conviven formas de invalidez atípicas.

2.2.4 Exposición de la teoría bipartita de las nulidades

La doctrina bipartita, después de señalar que los regímenes de invalidez se limitan exclusivamente a la nulidad radical y a la anulabilidad, a los cuales ha de ahorrarse cualquier calificación de invalidez negocial, sostienen que, una vez calificada la invalidez como nulidad o anulabilidad, se deducen en cascada e inexorablemente una serie de elementos que configurarían el régimen jurídico de dichos regímenes de invalidez configurando, de este modo, un sistema axiomático deductivo de invalidez. Pasamos a analizar, de acuerdo con dicha tesis bipartita, dichos elementos que configuran el régimen jurídico de las dos únicas formas de invalidez que admite dicha concepción dual de la invalidez.

2.2.4.1 Nulidad radical, absoluta o de pleno derecho

La nulidad radical es una ineficacia automática, estructural, normalmente originaria⁶⁴⁶, normalmente absoluta e insanable⁶⁴⁷. Cabe señalar, pues, los siguientes elementos de su régimen jurídico según la concepción bipartita de las nulidades:

A) De pleno derecho o ipso iure

La nulidad radical es una ineficacia automática⁶⁴⁸ por cuanto se produce por la fuerza

cho, 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».

643 Art. 137.3 3. «En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia».

644 Así, en dicho anteproyecto los contratos nulos son susceptibles de conversión; los inexistentes no. Además, la declaración de inexistencia no prescribe (art. 138.2), mientras que la declaración de nulidad prescribe a los 10 años de celebrado el contrato (art. 141.2: aunque este plazo alude, en realidad, a la acción de restitución) (PARRA LUCAN, M.A.: «Las anomalías del contrato...», ob. cit. pp. 560 y 561).

645 LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «La nulidad...», ob. cit. pp. 28-29. El ejemplo que pone esta autora me parece representativo de esta distinción y así la venta realizada por un niño de 4 años de una valiosa joya no es nula ni anulable sino inexistente porque «no existirá, en este caso, ni siquiera una apariencia de contrato de compraventa al que poder calificar de nulo o anulable» (ibíd. p. 29 n. 16).

646 Normalmente originaria, aunque caben algunos casos de nulidad sobrevenida (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 472).

647 DIEZ-PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 831.

648 DE CASTRO prefiere, para referirse al mismo fenómeno, la expresión «efecto inmediato de la nulidad» (DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 475).

misma del ordenamiento sin necesidad de ningún otro requisito adicional⁶⁴⁹. No es, pues, precisa declaración judicial previa ni previa impugnación del negocio⁶⁵⁰. La tradición jurídica denomina a esta modo de producción del efecto jurídico como «*ipso iure*», esto es, por obra del mismo Derecho, o «*de pleno derecho*»⁶⁵¹. No obstante, como resalta la doctrina, dicha intervención judicial será necesaria cuando el acto nulo esté protegido por una apariencia jurídica o cuando alguien pretenda ejercitar un derecho cualquiera invocando el acto nulo⁶⁵². En estos casos, para deshacer la confianza que, *prima facie*, ha creado la apariencia jurídica, es precisa la declaración judicial, pero no es que la nulidad necesite una declaración judicial, sino que para destruir la *fides* que acompaña a la apariencia de legalidad (inscripción en un Registro público, intervención de funcionario público, posesión de estado, etc.), es necesaria la declaración pública que la destruya *erga omnes*⁶⁵³. En resumen, como señala ALBALADEJO, cuando alguien se ampara en la existencia de una apariencia de validez, es preciso, al estar prohibido en nuestro ordenamiento la realización arbitraria del propio derecho, interponer la acción o excepción dirigida no a atacar el negocio ni a borrar sus efectos (que ya faltan desde antes), sino a destruir esa apariencia de validez, haciendo constar que la realidad ha quedado inmutable no obstante el negocio⁶⁵⁴.

Como consecuencia de este carácter, añade DE CASTRO, los funcionarios, en general, y los notarios y registradores en particular, habrán de negar su colaboración a cualquier título manifiestamente nulo (nulidad «*apud acta*») ⁶⁵⁵.

B) Ausencia de efectos negociales

El negocio nulo carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial⁶⁵⁶ aunque sí pueda generar otros distintos⁶⁵⁷. En efecto, como aclara DE CASTRO, esta ineficacia se

649DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 459; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 617.

650DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 617; SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil...*, ob. cit. p. 456; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 670.

651 ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 14; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 40; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones...* T. I ob. cit. p. 316; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 459; del mismo autor, «Eficacia...» ob. cit. p. 825; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual*, ob. cit. p. 643; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 670.

652Por todos, vide ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 41; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 617; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 49; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil*, ob. cit. p. 539; del mismo autor, *El negocio*, ob. cit. p. 475; SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil...*, ob. cit. p. 456; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 67; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 350-351; STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 84.

653DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 539; *El negocio...*, ob. cit. p. 475.

654ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858.

655DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 539; del mismo autor, *El negocio...*, ob. cit. pp. 475-476; DIEZ-PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 825; del mismo autor, *Fundamentos...*, Vol. I ob. cit. p. 459. No obstante, en contra de dicha nulidad *apud acta* se ha alegado que, salvo que exista expresa habilitación legal circunscrita a casos concretos, la nulidad de las cláusulas contractuales es competencia exclusiva de la jurisdicción civil (VAZQUEZ DE CASTRO (*Ilicitud...*, ob. cit. pp. 384 – 385; en parecido sentido cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 201).

656«*Quod nullum est, nullum habet effectum*»; «*quod nullum est nullum producit effectum*»; «*Titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*».

657Vide con relación a estos «*otros efectos distintos*» **en la doctrina española**, entre otros, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 857; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 15; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 24; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 40; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 538; del mismo autor, *El negocio...*, ob. cit. pp. 475-476.; ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, vol. I, ob. cit. p. 387. **En el derecho italiano** vide sobre esos «*otros efectos distintos*» CARIOTA FERRERA, Luigi.: *El negocio...*, ob. cit. p.

refiere a los efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiese sucedido ya que el negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños (art. 1.902 CC) y puede, asimismo, originar, en unión a la *bona fides*, efectos negociales o cuasi-negociales, como en el matrimonio putativo (art. 79 CC), en la protección del *accipiens* de buena fe, y hasta en favor del poseedor de buena fe⁶⁵⁸. Por tanto, concluye DE CASTRO, no se quiere decir, con ello, que sea inexistente o sin valor en el Derecho ni que no pueda producir otros efectos; sólo se excluyen las consecuencias favorables para el infractor, no las que se deriven de la ilicitud del propio acto (pena, indemnización) o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero⁶⁵⁹. Como vimos al analizar la parte histórica, esta conclusión tiene su origen histórico en la escuela de los comentaristas que, al estudiar los efectos del contrato nulo, escindirán el ámbito jurídico y fáctico al señalar que, al igual que ni siquiera Dios puede hacer que lo que fue no haya sido, tampoco puede la ley hacer que lo que ha sido no ha sido («*vere non potest lex facere, quod illud quod est factum, non sit factum*»)⁶⁶⁰.

Al no producir el negocio nulo ningún efecto negocial, los desplazamientos patrimoniales realizados en virtud del contrato nulo deben deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el contrato nunca se hubiera celebrado. Evidentemente con las limitaciones que se derivan si dichos bienes se encuentran en poder de terceros de buena fe (art. 34 LH) o se hayan usucapido.

C) Carácter absoluto de la nulidad

Se afirma que la nulidad tiene carácter absoluto. La doctrina mayoritaria con dicho adjetivo hace referencia al ámbito de legitimados activamente para ejercer la acción⁶⁶¹, pero, en otras ocasiones, prefiere utilizar dicho adjetivo para aludir al ámbito de afectados por la invalidez o la validez del contrato⁶⁶² e incluso, en ocasiones, algunas

279; STOLFI, GIUSEPPE, *Teoría...*, ob. cit. p. 83; BETTI, EMILIO: *Teoría General...*, ed. 2018. ob. cit. p. 342. **En la doctrina francesa** señalará LUTZESCO que el acto nulo, a pesar del brocardo latino «*quod nullum est nullum effectum producit*» produce ciertos efectos no solo respecto de las partes sino sobre todo respecto de situaciones adquiridas por terceros de buena fe y ello porque el efecto de la nulidad no es tan completo como lo sostenía la doctrina clásica ya que «*se detiene ante los hechos consumados si estos no son de tal naturaleza que comprometan al orden público, y se detiene porque prefiere sacrificar su autoridad para salvar el crédito y la seguridad de las transacciones, es decir, para no afectar a los principios que son la piedra de toque del derecho de las obligaciones*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 302. En el mismo sentido pp. 362, 364-366 *et passim*). Por ello, concluye que «*el aforismo romano: quod nullum est nullum producit effectum ya no tiene actualidad*» (*ibid.* p. 294. vide ítem con relación a la anulabilidad p. 353).

658DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 477-478.

659DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 538; del mismo autor, *El negocio...*, ob. cit. pp. 475-476. En parecido sentido STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 83 que señala que «*el negocio nulo no produce en concreto ninguno de los efectos que en abstracto podría producir*» y es «*inidóneo para alcanzar el fin querido por los interesados*» pero dicho negocio nulo debe ser considerado como un «*hecho jurídico subsistente por sí, realmente llevado a efecto que no puede destruirse y que debe producir todos los efectos de que sea susceptible como tal*».

660BARTOLO, Comm en C. I,14, 5 cit. por MATILDE GIROLAMI. *La nullità...*, ob. cit. p. 84 n. 92.

661Ese es el sentido que le da, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 482; CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones...* T. I ob. cit. p. 316; LACRUZ BERDEJO, J. L. et al.: *Elementos...*, T. II, vol. II. (2ª ed.) p. 368, etc. Explicando el origen histórico de la legitimación absoluta señala GORDILLO CAÑAS que la «*nullidad absoluta*» al fundarse en el interés público, se entendió a las puertas de la codificación que todos podían hacerla valer (se hablará en ocasiones de «*nullidad popular*») (en GORDILLO CAÑAS, A.: «*Violencia...*», ob. cit. p. 240). En la doctrina italiana usan el término absoluta en este sentido, entre otros, STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 85; CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p.279. En el mismo sentido también en la doctrina francesa Henry, Leon y Jean MAZEAUD cit. por MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 178.

662Así, p. ej. DIEZ-PICAZO, L.: «*Eficacia...*», ob. cit. p. 827; SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención judicial...*, ob. cit. p. 369; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 351-352 si

sentencias y algún autor utilizan el término relativo en otros sentidos inequívocamente impropios y equívocos⁶⁶³. Nosotros, por nuestra parte, a lo largo de este trabajo lo usaremos siempre en el primero de los sentidos indicados (nulidad absoluta es la que puede ejercitarse por cualquiera que tenga interés legítimo; nulidad relativa solo por el protegido por la norma) entendiendo que la segunda acepción (nulidad absoluta es aquella en la que la ineficacia alcanza a todos y relativa cuando solo alcanza a algunos) se aproxima, al menos en algunos de sus supuestos y en su forma de ineficacia relativa, más a la inoponibilidad⁶⁶⁴ que es una forma de ineficacia *strictu sensu* pero no de invalidez⁶⁶⁵.

Por tanto, y siguiendo la acepción señalada, estará legitimado activamente para instar la acción de nulidad cualquiera que tenga un interés legítimo en ello⁶⁶⁶ incluso el causante de la nulidad⁶⁶⁷, no siendo aplicable a dichos negocios la doctrina de los actos propios⁶⁶⁸. Así todo, la doctrina suele requerir adicionalmente, junto a otros requisitos⁶⁶⁹, que dicho

bien luego lo vincula también con la cuestión de la legitimación. (*ibid.* p. 352); En la doctrina italiana usan el término absoluto en este sentido, entre otros, BETTI, E.: *Teoría...*, ed. 2018. ob. cit. p. 346.

663 Así, se utiliza el adjetivo «relativa» como sinónimo de parcial, y en contraposición a nulidad «total», en la STS de 09/01/1958 [TOL4.351.063] que considera que la nulidad del antiguo art.4 CC -actual 6.3 CC- es la «absoluta, la "in radice" para todo el contrato, no la nulidad relativa por la que no cabe dividir la convención y el precio en dos porciones distintas, una hasta el tope de la tasa y otra en cuanto excede de ésta». Parece aceptar esta acepción SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 670. Por su parte, la STS de 06/07/1981 (TOL1.739.488) denomina «nulidad relativa» a la del contrato simulado con simulación relativa cuando hay otro válido subyacente.

664 Reconoce dicha vinculación entre dicha concepción de ineficacia relativa con la idea de inoponibilidad defendiendo que «cuando la ineficacia es relativa, el contrato es ineficaz para un grupo de personas y es en cambio eficaz para otro u otros» DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 461.

665 Como bien señala DELGADO ECHEVERRÍA la inoponibilidad es una ineficacia (*stricto sensu*) relativa, es decir, sólo respecto a determinados sujetos, cuya situación jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato -válido- por otras personas. (DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 22). Es decir, a diferencia de los supuestos de invalidez -en los que existe un contrato inválido- en la inoponibilidad -como por otro lado sucede en la rescisión- existe un contrato válido que por diversas razones no afecta a ciertos sujetos (vide p. ej. art.32 LH).

666 DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 482; DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 49; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, T. 3º. ob. cit. p. 648; CARROTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 282; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual*, ob. cit. p. 643; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* [1969], ob. cit. p. 198; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 672.

667 ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618; DELGADO J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 49; EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. p. 80; LACRUZ, J. L. *et al.*: *Elementos...*, T. II, vol. II. 2ª ed. p. 368 y LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 279 porque al establecer el legislador la nulidad «no se ha propuesto castigar a las personas mismas, sino impedir el establecimiento de reglas jurídicas ilícitas» por lo que «poco importa que sea con intervención de las mismas partes contratantes o con el concurso de terceros como se obtenga el respeto a la ley». En nuestra jurisprudencia la STS 14-3-1974 (cit. por ALBALADEJO últ. ob. cit. p. 859) señala que en los contratos radicalmente nulos «se permite accionar contra los mismos a las propias partes que los suscribieron (...) cualquiera que haya sido la pretérita actuación [es decir, aunque haya sido el causante de la nulidad] de quien postula la nulidad». No obstante, en contra, existe jurisprudencia minoritaria que niega legitimación activa al causante de la nulidad (así, STS de 13-11-1970, recogida por ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 859 con cita de otras sentencias en idéntico sentido).

668 Así, en nuestra doctrina, entre otros, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 859; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 480; DELGADO J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 157 y SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 670. Y en nuestra jurisprudencia STS 14-3-1974 (cit. por ALBALADEJO últ. ob. cit. p. 859 y por DELGADO y PARRA, últ. ob. cit. p. 157) y STS 26/07/2000 (TOL170.860). No obstante, existe doctrina minoritaria favorable a aceptar la aplicación de la doctrina de los actos propios en sede de invalidez absoluta (cfr. la doctrina cit. por EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 80-81 n. 86).

669 Como destaca EGUSQUIZA BALMASEDA frente a la afirmación apresurada de que la legitimación en la invalidez absoluta es ilimitada lo cierto es que dichos términos amplios han sido acotados por la

interés en el ejercicio de la acción además de legítimo sea actual⁶⁷⁰ lo que, como veremos, tiene sustanciales consecuencias en orden a la extinción -no prescripción según sus autores- de la acción declarativa de nulidad.

Por último, cabe indicar que el fundamento de la legitimación absoluta de la nulidad radical se encuentra, como señala LUTZESCO, en la naturaleza del interés que debe proteger esta forma de invalidez que, según dicho autor, en posición compartida por GORDILLO, es el interés general⁶⁷¹. Y señalará que «*puesto que (la nulidad absoluta) se funda en la noción de orden público para determinar qué personas pueden ejercitarla habrá que recurrir al concepto de interés general*» y «*en consecuencia la acción de nulidad compete a toda persona que pueda justificar un interés jurídico*»⁶⁷² lo cual, añade, es lógico que así sea, ya que es la única manera de que exista la certeza de que la ley será respetada al amparo de los intereses en conflicto⁶⁷³.

D) Apreciabilidad de oficio

Por su carácter automático e inmediato y por los intereses generales que la nulidad normalmente ampara, según la tesis bipartita es característica de la nulidad radical la apreciabilidad de oficio de su existencia puesto que puede ser declarada por los Tribunales, aunque no fuera pedida por ninguna de las partes litigantes⁶⁷⁴. Ello supone una excepción a los principios dispositivos y de justicia rogada que informan nuestro procedimiento civil, excepción que se funda -dice DE CASTRO con cita de MANRESA- en que «*sería inadmisibile que el Juez hubiera de ordenar, por deficiencias o rebeldías de la parte demandada, al cumplimiento de una obligación imposible, ilícita, manifiestamente inmoral o contraída por un niño*»⁶⁷⁵. No obstante, DELGADO ECHEVERRIA, con razón, señala que dicha apreciabilidad de oficio debe aplicarse por los Tribunales solo en ciertos casos excepcionales porque sólo se justifica «*cuando causas muy señaladas muevan a ello, para evitar que los Tribunales se vean forzados a colaborar en los turbios negocios que las partes presenten tratando de ocultar sus aspectos más reprobables y aun delictivos*»⁶⁷⁶.

doctrina y jurisprudencia por distintas vías como son la necesidad de un interés estimado procesalmente, la doctrina de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la doctrina de los actos propios (en EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 70 y ss.)

670Así, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 482; ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. pp. 860 y 664; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 25; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a.A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. p. 71-72; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 672; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 280.

671LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 14 -prólogo- y pp. 242, 309, 312, 361, 366-367 *et passim*.

672Ibíd. p. 278.

673Ibíd. p. 271.

674Entre otros muchos, destacan dicha apreciabilidad de oficio de la nulidad absoluta ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 861; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 16; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 24; CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 282; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618; DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 825; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 476; del mismo autor, «Sentencias anotadas: Arrendamiento urbano. Casa de tolerancia. Excepción de competencia jurisdiccional. Causa ilícita (S. 23 febrero- 1955)», *ADC 1955-2*, pp. 655-656 donde critica que la sentencia que comenta no apreciara de oficio la nulidad absoluta del arrendamiento para casa de tolerancia; DORAL GARCIA, J.A.: *El contrato...*, ob. cit. p. 162; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 149; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual*, ob. cit. p. 643; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* [1969], ob. cit. p. 198; ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, ob. cit. p. 387.

675DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 476.

676DELGADO ECHEVERRIA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 170 y en pp. 49, 168 *et passim*. En el mismo sentido destacan el carácter excepcional de la intervención de oficio del juez, entre otros, DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618; EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 29-30; MARCOS GONZALEZ, M.: *La apreciación de*

E) Acción declarativa y sentencia meramente declarativa

Como consecuencia del carácter *ipso iure* o de pleno derecho, automático y originario de la nulidad radical, la acción de nulidad, y la sentencia, será meramente declarativa, porque tiende solamente a constatar la existencia del defecto que acarrea nulidad y no origina la invalidez, sino que expresan que existía⁶⁷⁷. O, como dice DIEZ PICAZO, la «acción» -y en consecuencia la sentencia estimatoria- es meramente declarativa porque «*declara un estado ya existente: el estado de ineficacia*»⁶⁷⁸ por lo que no crea el estado de ineficacia del contrato, sino que se limita a constatarlo⁶⁷⁹. El juez, como señala CARIOTA FERRERA, «*mediante la sentencia, no tiene, sino que aclarar el estado de las cosas, no trastocar lo que es, no cancelar o destruir efectos, que no han producido*»⁶⁸⁰.

No obstante, la acción meramente declarativa es insuficiente para remediar las posibles consecuencias prácticas dimanantes del negocio nulo siendo preciso, para remediarlas, ejercitar, además, la subsiguiente acción material de condena⁶⁸¹. Por ello, sólo si se ejerce la acción declarativa de la nulidad radical la sentencia será declarativa; solución distinta obviamente ha de alcanzarse si sólo se ejerce la acción de restitución de prestaciones efectuadas por consecuencia del contrato nulo, que es una acción material de condena, derivada de la previa constatación de la nulidad radical⁶⁸².

F) El negocio nulo no es sanable por prescripción ni por confirmación. El carácter definitivo de la nulidad radical.

Indica DE CASTRO que la fórmula de nuestros antiguos juristas, «*quod nullum fuit ab initio non convalescit tractu temporis nec ratificatur*» sigue vigente por lo que la nulidad es definitiva e insanable⁶⁸³. Y no puede sanarla ni el transcurso del tiempo, ni la decisión del titular del poder de impugnación (confirmación). Así todo, si bien la doctrina tradicional mayoritaria niega por completo la posibilidad de convalidación del negocio nulo⁶⁸⁴ existe un sector doctrinal que admite supuestos excepcionales de convalidación

oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas. Ed. Aranzadi. 1ª ed. Navarra. 2011, pp.167 y ss. 185 y 233-235 *et passim*; ORDUÑA MORENO, F.J. en Nota preliminar a la obra *Ilicitud...* de VAZQUEZ DE CASTRO, E. p. 27-28; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 671 quien limita dicha declaración de oficio, tras examinar la jurisprudencia del TS, a los casos de «*manifiesta contrariedad legal, de patente ilicitud convencional, de graves razones veladoras de la moral y del orden público*».

677Carácter declarativo de la acción y sentencia de nulidad resaltado, entre otros, por ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858; del mismo autor «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 16; CAPI-LLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 24; CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 279; ; CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones...* T. I ob. cit. p. 316; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618; DIEZ-PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 826; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 149; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual*, ob. cit. p. 643; GOMA SALCEDO, J.E.: *Instituciones...*, T II. ob. cit. [2ª ed] p. 1302; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 672.

678DIEZ-PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 826.

679DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 473; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 351.

680CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 279.

681CAPI-LLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 24.

682ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión», *ADC 1970-3*, p. 541; CAPI-LLA, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 25.

683DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 478; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* T 3º. ob. cit. p. 648; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 354; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 149; ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, ob. cit. p. 387; CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones...* T. I ob. cit. p. 316.

684Así, afirma categóricamente CASTAN TOBEÑAS que solo los negocios anulables son convalidables

del negocio nulo (la convalecencia)⁶⁸⁵ y la conversión del negocio nulo⁶⁸⁶ e, incluso, no han faltado autores que, en posición minoritaria, han hablado abiertamente de una «*nulidad sanable*»⁶⁸⁷.

1) Imprescriptibilidad. La opinión casi unánime entiende que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, no pudiendo sanarse la nulidad por el transcurso del tiempo⁶⁸⁸. Recogido este principio en distintas reglas («*Temporis tractu non confirmatur; quod de jure ab initio non subsistit*»; «*Quod ab initium vitiosum est non potest tractu tempore convallescere*») se basa en que la nulidad está fuera del campo de la autonomía de la voluntad⁶⁸⁹ y en que, dice LUTZESCO, «*estando ligada la suerte de la nulidad a la de la ley de la que recibe su fuerza, ésta le dará también su carácter es-*

mientas que *«los radicalmente nulos no pueden convalidarse, tanto porque no han existido jurídicamente cuanto porque predominan en su nulidad motivos de orden público»* (CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil... T. I Vol. II ob. cit. p. 862*). No obstante, dicho autor sí admite la conversión del negocio nulo (ibíd. pp. 863-866).

685 **En el derecho español**, ALBALADEJO, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. pp. 18-19 y 34; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 435; DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 360; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 484; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual*, ob. cit. pp. 645-646; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* [1969], ob. cit. p. 197 si bien limitando dicha convalidación del negocio nulo al negocio jurídico testamentario. Así, señalará De Castro (*El negocio...*, ob. cit. p. 435) que, a pesar del carácter normalmente definitivo e inconvalidable de la nulidad, tanto el Derecho Romano como el canónico conocen la «*sanatio in radice*» que no puede comprenderse si aceptáramos que la insanabilidad pertenece a la esencia de la nulidad y sí, sin embargo, si admitimos que aunque la nulidad es normalmente definitiva cabe que el Derecho positivo cree figuras en las que la nulidad desaparezca convalidándose el negocio («convalecencia»). Y, así, podemos definir la «convalecencia» como la figura jurídica extraordinaria por la que un nuevo hecho, al sumarse al supuesto que se consideraba nulo, le confiere validez (p. ej. supuestos en que se concede a un extraño al contrato la facultad de convalidarlo, apropiándose del mismo mediante la ratificación -arts. 1259, 1727, 1892 y 1893 CC; casos en que el contrato puede exigir para su validez de una autorización posterior -art. 597 CC- o una aprobación formal que subsane la nulidad etc.). Recogen también DE LOS MOZOS como supuestos excepcionales de convalidación del negocio nulo los casos de «*sanatio in radice*» para el matrimonio civil (ant. art. 83,1 CC) el testamento nulo por defectos de forma acatado por los sucesores del causante o los supuestos del art. 1259 CC (DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 620). **En el derecho italiano** cfr. supuestos excepcionales de convalidación de negocio nulo en STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 85-86 y CARIOTA, L.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 280-281.

686 Sobre el fenómeno de la conversión puede verse, entre otros, ALBALADEJO GARCIA, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. pp. 19-30; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 436; VALLET DE GYTISSOLO, J. B.: «Donación...», ob. cit. pp. 1205-1325; DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit.; del mismo autor, «Nulidad...» ob. cit. p. 621; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 362-366; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. pp. 484-486; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...*, T.I. Vol. II. ob. cit. pp. 863-866; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual...*, ob. cit. pp. 646-647; MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 143-144. Para el derecho italiano vide sobre conversión del acto nulo, entre otros, STOLFI, GIUSEPPE: *Teoría...*, ob. cit. pp. 92-95; BETTI, E.: *Teoría General...*, [ed. 2018] cit. pp. 360-366.

687 Así, SERRANO ALONSO distingue entre una nulidad insanable (la derivada de ilicitud o contrariedad al orden público o a las buenas costumbre) y una nulidad sanable que existiría al menos en materia de testamentos (p. ej. testamento afectado de vicio sustancial de forma) y en materia matrimonial (ant art.83.1 CC), afirmando que «*la confirmación de los negocios nulos no va ni contra la lógica ni contra la esencia de la nulidad y que, por tanto, nada se opone a que los negocios nulos sean confirmados*» si bien dicha posibilidad de confirmación de negocios nulos ha de ser excepcional (solo en los casos en que la ley lo permita) y de interpretación restrictiva. Y, en apoyo de su tesis, invoca un argumento de derecho comparado: el art. 1423 del CC Italiano que afirma que: «*Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente*» (SERRANO ALONSO, E.: *La confirmación de los negocios jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1976, pp. 88 y ss.).

688 Por todos, y a favor de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 859; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 16; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* T. I Vol. II. ob. cit. p. 854; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 480; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: en la obra dirigida por LACRUZ *Elementos...II*. Vol. 2º, ob. cit. p. 354; DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...*, Vol. II. ob. cit. p. 113; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 474; DORAL GARCIA, J.A.: *El contrato...*, ob. cit. p.

encial es decir, la imprescriptibilidad»⁶⁹⁰. Otros invocan como fundamento de la imprescriptibilidad el interés público que la nulidad absoluta salvaguarda⁶⁹¹; o la imposibilidad de confirmar los contratos radicalmente nulos⁶⁹². No obstante, a pesar de ser casi unánime la opinión favorable a la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad, es también mayoritaria la opinión que entiende que ello no significa que quepa perpetuamente instar tal declaración, pues lo que sí puede desaparecer por el transcurso del tiempo es el requisito de la «*actualidad del interés*», puesto que prescrita, por transcurso del plazo previsto en el art. 1964 CC, la acción de restitución de prestaciones efectuadas por consecuencia del contrato nulo ya no existirá ningún interés legítimo actual en ejercitar la acción declarativa de nulidad. Volveremos más adelante sobre esta imprescriptibilidad impropia y sobre la imprescriptibilidad propia para someterlas a crítica.

2) Inconfirmabilidad. Recogido también en distintos aforismos⁶⁹³ ha sido consagrado legalmente en el art. 1310 CC: «*Sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261*». Por tanto, solo son confirmables los contratos anulables, pero no los que adolecen de nulidad absoluta de pleno derecho⁶⁹⁴. El fundamento de dicha regla se encuentra en el principio de la irrenunciabilidad de las leyes, «*pues no le está permitido a la voluntad individual escapar de la aplicación de las normas imperativas y prohibitivas mediante una nueva declaración corroborativa de lo antes dicho y hecho*»⁶⁹⁵.

2.2.4.2 La Anulabilidad

Frente a esta caracterización de la nulidad, y por contraste, la anulabilidad es una ineficacia provocada, sobrevenida y estructural, normalmente relativa y sanable⁶⁹⁶.

162; ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 533 n. 42 y la doctrina allí citada; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 149; GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C.: *Manual...*, ob. cit. p. 643; GOMA SALCEDO, J.E.: *Instituciones...*, ob. cit. p. 1302; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* [1969], ob. cit. p. 198; LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 223; MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o. 22, 2017, [pp. 86-99], p. 88; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. Ed. La Ley. [3^a ed. 2003] p. 26; ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, Vol. I ob. cit. p. 387; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 673; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...» p. 599. En derecho italiano se manifiesta por la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad, entre otros, STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 87-88; CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 282; BETTI, E.: *Teoría...*, [ed. 2018] ob. cit. p. 344. No obstante, en posición minoritaria, en contra de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se han mostrado BORRELL Y SOLER, A.: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*. Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pp. 105-117, esp. pp. 114-116 (cit. por ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 532), PASQUAU LIAÑO (*Nulidad...*, ob. cit. *passim*) y tímidamente DELGADO ECHEVERRIA.

689DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 480.

690LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 271.

691Así, entre otros, ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 520

692ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 533.

693«*Confirmatio actum nullum non confirmat*»; «*nullum quod est, confirman non potest*»; «*nam confirmatio semper refertur ad id, quod est validum*».

694Vide p. ej. sobre no aplicabilidad de la confirmación a los contratos nulos radicalmente, entre muchas otras, STS 26/07/2000 (TOL170.860). En la doctrina italiana puede verse sobre inconfirmabilidad del contrato nulo y sus excepciones BETTI, E.: *Teoría General...*, [ed. 2018] ob. cit. pp. 345-346.

695DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 479; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 674. Se expresa en parecidos términos LUTZESCO al señalar que: «*Lo que es ilícito sigue siendo ilícito en tanto que la ley que lo sancione esté provista del sello de la autoridad del Estado. La voluntad privada no puede purgar, ni hacer desaparecer la ilicitud. En principio, pues, no hay ninguna esperanza de confirmación del acto nulo*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 271).

696DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 831.

A) Invalidez provocada, sobrevenida y estructural

La anulabilidad implica una **invalidez provocada** por cuanto el texto ordinamental, en lugar de establecer una actuación automática de la sanción, atribuye a ciertas personas para proteger sus intereses un poder jurídico de impugnación en virtud del cual, y únicamente en virtud del cual, puede actuarse la sanción⁶⁹⁷. Es **invalidez sobrevenida** porque no se aplica *ab initio* en el momento de la celebración del contrato sino desde la sentencia que declare la invalidez (sentencia por tanto constitutiva); invalidez que tendrá efectos retroactivos (*ex tunc*)⁶⁹⁸. Y es una **invalidez estructural** porque el vicio o defecto concurre en el proceso de formación del contrato⁶⁹⁹.

B) Invalidez inicialmente eficaz

Cuando la ineficacia es provocada el negocio nace eficaz, pero con una eficacia claudicante por lo que el negocio anulable se caracteriza por estar en una situación indecisa y transitoria⁷⁰⁰. Así, frente al negocio nulo que carece *ab initio* de efectos, la doctrina mayoritaria sostiene que el negocio anulable es inicial y provisionalmente eficaz, aunque su eficacia no es firme, pues está sometido a la eventualidad de la impugnación por la parte interesada, por lo cual se afirma que el negocio anulable goza de eficacia claudicante⁷⁰¹. En posición minoritaria sostiene DELGADO ECHEVERRÍA que el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz porque en el terreno de los conceptos «*en la medida en que el Ordenamiento Jurídico no le imputa más que un efecto provisional, no le imputa en absoluto el efecto designado como querido por las partes*»⁷⁰² y porque el CC regula los contratos anulables bajo la rúbrica «*De la nulidad de los contratos*», designa la anulabilidad como nulidad en varios artículos (v.gr. 1.208 y 1.824 CC; 33 LH.) y la contrapone a la rescisión, ésta sí propia de los contratos "*válidamente celebrados*" (art. 1.290 CC)⁷⁰³.

697DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 825; del mismo autor, *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 489. La doctrina concibe dicho «*poder de impugnación*» como un derecho potestativo o como una facultad jurídica (DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 826).

698DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 508.

699DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 489.

700SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 679.

701Cfr., por todos, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 869; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 30; CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: *La confirmación...*, ob. cit. pp. 38 y 39 con cita de doctrina en n. 39; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. pp. 459 y 494; del mismo autor, «Eficacia...», ob. cit. p. 825; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual...*, ob. cit. p. 649; GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* [1969], ob. cit. p. 204; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 679. En derecho italiano, entre otros, STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 97; CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 288-289. Sin embargo, en derecho italiano un sector doctrinal minoritario se inclina en contra de la validez y eficacia del contrato anulable antes de la anulación (cfr. doctrina citada por CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: *La confirmación...*, ob. cit. p. 39 n 39).

702DELGADO ECHEVERRÍA, J.: en *Elementos...*, T. II, vol. 2º. ob. cit. p. 357. Recientemente se ha adherido a esta teoría YZQUIERDO TOLSADA con numerosos argumentos (en YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. pp. 617-623) derivando, de ello, la naturaleza declarativa de la sentencia de anulabilidad (ibid. p. 623) y la imprescriptibilidad de la acción de anulabilidad (ibid. p. 618) por lo que el plazo de cuatro años del art. 1300 CC se referiría sólo al plazo de la acción de restitución. También parece adherirse a esta teoría CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. pp. 96-97 y MIQUEL GONZALEZ J.M. en el Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 19.

703DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 54 y 56 *et passim*; DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Elementos...*, T. II, vol. 2º, ob. cit. p. 358. En contra expresamente de dicha teoría *vide* la argumentación de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 38-39. Una exposición sobre los postulados teóricos y los problemas prácticos que generan tanto la teoría mayoritaria como la minoritaria en EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 50-57.

C) Sentencia constitutiva

Según la doctrina mayoritaria la acción encaminada a hacer valer la anulabilidad del negocio desemboca en una sentencia constitutiva porque crea, en ese momento, el estado jurídico de ineficacia de un negocio que ha sido hasta entonces claudicantemente eficaz⁷⁰⁴. Pero, en contra, se ha afirmado, con razón, que el concepto de acción y sentencia constitutiva no es pacífico y así, si caracterizamos las sentencias constitutivas (las que estiman demandas en que se ejercita una acción constitutiva) de acuerdo con el criterio de que el resultado obtenido por la sentencia no pueda lograrse sino a consecuencia de una resolución judicial, la acción de anulación será declarativa porque no es imprescindible dicha sentencia para que el contrato sea considerado nulo ya que no hay obstáculo, ni teórico ni práctico, en que la declaración de voluntad en que consiste este derecho potestativo puede ejercitarse y atenderse extrajudicialmente⁷⁰⁵.

En todo caso, como ha precisado un importante sector doctrinal, en puridad la anulabilidad debe ser objeto de una acción declarativa, no regulada por el Código, pero presupuesta, cuyo objeto es verificar la existencia del vicio de anulabilidad, de resultados de lo cual se abre la vía de una acción restitutoria, que es la que está regulada por los artículos 1.300 y siguientes CC⁷⁰⁶. De lo cual obtendríamos que si solo se ejercita la acción declarativa (supuesto improbable pero posible)⁷⁰⁷ la sentencia que obtendríamos sería declarativa y que, si se ejercita, ante la negativa de la otra parte a restituir extrajudicialmente lo entregado, la acción de restitución (supuesto contemplado en el artículo 1301 CC) es cuando obtendríamos una sentencia constitutiva.

Por tanto, en realidad la distinción y elemento de acción/sentencia constitutiva no es esencial a la figura de la anulabilidad y depende no sólo de la concepción de que se parta con relación a que debe considerarse como acción/sentencia constitutiva sino también de si se considera que el contrato anulable es o no inicialmente inválido e incluso de la aceptación, o no, de la teoría de la dualidad de acciones que esconde el ejercicio de la anulación (que permite una acción declarativa -que daría lugar a una sentencia declarativa - y otra constitutiva).

704Así, entre muchos otros, vide CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 56; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 623; DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 826; DORAL GARCIA, J.A.: *El contrato...*, ob. cit. p. 160; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 151; GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: *Manual...*, ob. cit. p. 649; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. p. 684. En el derecho italiano puede verse sobre el carácter constitutivo de la sentencia de anulabilidad y sus excepciones en CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 289.

705DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 111 y 114.

706Así señalará DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 504 que: «*el ejercicio de la anulabilidad se ha concebido como una acción doble: 1. La declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad (1.303). 2. La restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio*». Se han sumado a esta teoría del carácter doble de la acción de anulabilidad, entre otros, DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 65-66; GORDILLO, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 241 n. 76.; CAPI-LLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 26 y 84; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 612. En contra de la utilidad práctica de esta teoría de la doble acción se han mostrado entre otros, DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 489 y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA quien igualmente considera que la acción de anulación tiene carácter unitario -no doble- pero que, aunque se admitiera la posibilidad de una acción meramente declarativa de la anulabilidad, el juez que acuerde la anulación podrá condenar a la restitución sin incurrir en incongruencia por ser dicha restitución consecuencia necesaria de la anulación (en *La nulidad...*, ob. cit. p. 55).

707Vide en DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 66 supuestos prácticos y no tan improbables de acciones declarativas de anulabilidad.

D) No apreciable de oficio

La anulabilidad, al ser un derecho potestativo de la parte interesada, no es, en ningún caso, apreciable de oficio⁷⁰⁸.

E) Legitimación relativa

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de anulabilidad es relativa porque puede ser invocada, en principio y con alguna excepción⁷⁰⁹, sólo por la parte del negocio que padeció el vicio de la voluntad o defecto de capacidad y en cuya protección se concede la acción de anulabilidad⁷¹⁰. La razón de dicha legitimación relativa, como señala ALBALADEJO, reside en que mientras que la ley no quiere el negocio radicalmente nulo «*por él, en sí*», en la anulabilidad la ley no lo quiere por lo que daña al perjudicado, razón por la que pone la decisión en manos de este⁷¹¹. Tan relevante se considera esta nota que numerosa doctrina⁷¹², y a nuestro modo de ver de forma impropia, denomina a la anulabilidad indistintamente también como nulidad relativa⁷¹³.

El requisito de legitimación restringida está íntimamente vinculado con el hecho de que esta forma de invalidez protege, en principio, intereses particulares frente a la nulidad radical donde, en principio, se protegen intereses generales⁷¹⁴. En todo caso, conviene resaltar que esta última afirmación si bien no se puede tomar, como pretenden GORDILLO, MARQUEZ GONZALEZ o LUTZESCO⁷¹⁵, en términos categóricos y absolutos sí puede servir como una importante aproximación a la distinción entre ambos

708ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 871; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 32; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 26; CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: *La confirmación...*, ob. cit. p. 38; ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, Vol. I ob. cit. p. 390.

709Vide artículo 1302 CC o art. 1322 CC que concede la acción a quien no fue parte en el negocio.

710Por todos, vide ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 870; CASANUEVA SÁNCHEZ, I.: *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. pp. 53-54; DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 58 y 69 y ss.; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, Vol. I. ob. cit. p. 490; GARCIA ALGUACIL, M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico...*, ob. cit. p. 151; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 622-623; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 681-682.

711ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 871.

712Entre otros denominan a la anulabilidad indistintamente como nulidad relativa LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. *passim*; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, T. 3^o. ob. cit. p. 650; del mismo autor, *Derecho Civil...*, T. I Vol. II. ob. cit. p. 855.

713De forma impropia porque a mi entender confunde el género con la especie. Claro que la anulabilidad es una nulidad relativa, pero no es la única porque también existen nulidades relativas de pleno derecho. Por tanto, dentro de las nulidades relativas (género) caben las nulidades relativas provocadas (i.e. las anulabilidades) y las nulidades relativas de pleno derecho. Confundir anulabilidad y nulidad relativa es, pues, a nuestro entender confundir el género con la especie. Y así señalará CARIOTA FERRERA que el criterio de distinción (entre “absoluta” y “relativa”) «*se funda sobre la concesión de acción a todos los interesados o sólo a determinadas personas*» por lo que hay que evitar llamar a la anulabilidad nulidad relativa porque lleva a equívocos (en CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 279).

714Como señala LUTZESCO: «*el interés privado encuentra aquí su expresión más completa y su afirmación más clara*» (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 328).

715Entiende LUTZESCO, en posición que sigue GORDILLO, que la nulidad absoluta tiene por misión asegurar directamente la salvaguarda del interés general y la relativa asegurar directamente el interés privado e indirectamente el interés general (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 14 -prólogo- y pp. 242, 309, 312, 361, 366-367 *et passim*; en el mismo sentido, MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 13 *et passim*). También CARRASCO sigue una «*concepción funcional de las nulidades*» que distingue entre nulidad absoluta y relativa según el interés general o privado que la regla violada salvaguarda destacando este autor que tal es, asimismo, la solución adoptada actualmente en el art. 1179 del CC francés reformado por la Ordenanza 2016-131 de 10-2-2016 cuando señala que: «*la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado*» (en CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar...», ob. cit. p. 96).

regímenes de invalidez⁷¹⁶.

F) El negocio anulable es sanable por el transcurso del tiempo y por confirmación.

Frente al negocio radicalmente nulo que es imprescriptible e inconfirmable el negocio anulable puede sanar por el transcurso del tiempo y por confirmación.

i. **Sanación por transcurso del tiempo.** La acción de restitución tiene señalado un plazo de ejercicio de cuatro años, plazo que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran de caducidad⁷¹⁷. Para quienes consideran que cabe también una acción declarativa de anulabilidad el plazo de esta acción declarativa será imprescriptible⁷¹⁸ si bien, para evitar el ejercicio temporalmente irrazonable de dicha acción declarativa (para evitar que se reescriba, como decía DELGADO ECHEVERRIA, la historia de la propiedad en España⁷¹⁹), la doctrina mayoritaria admite una suerte de extinción de dicha acción declarativa, una prescripción impropia⁷²⁰, si transcurren el plazo de la acción de restitución porque se entiende que, en tal caso, ya no existe un interés legítimo actual en solicitar la declaración ya que, en ningún caso, va a poderse obtener la restitución. «Así que, como nos ilustra ALBALADEJO, aunque se diga, y con razón, que la acción declarativa es imprescriptible, en la práctica puede arrastrarla a morir la prescripción de la acción de restitución. Si bien ciertamente que no morirá por prescripción, sino por falta de interés»⁷²¹.

ii. **Sanación por confirmación.** Los contratos anulables, a diferencia de los radicalmente nulos, son, por último, susceptibles de confirmación que es la única modalidad de convalidación de los contratos prevista en el CC (arts. 1309 y ss.)⁷²². La

716Y no puede tomarse en términos categóricos porque p.ej. la nulidad radical de la donación de bienes comunes sin consentimiento del otro cónyuge -art.1378 CC- ampara intereses particulares.

717Puede verse una detallada lista de opiniones y sentencias favorables al plazo de caducidad en BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 112, n. 131 con relación a la doctrina y n. 132 con relación a la jurisprudencia; y en GÓMEZ CORRALIZA, B.: *La caducidad*. ob. cit. p. 599 n. 817. En todo caso, señala PERTIÑEZ, la reciente jurisprudencia del TS se decanta por considerar que es un plazo de caducidad en la STS 19/12/2016 (TOL 5916654), STS 25/10/2017 (TOL 6408393) y STS 29/11/2017 (TOL 6441239) (así, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019. p. 21 n. 1. No obstante, existe doctrina y jurisprudencia minoritaria que considera que se trata de un plazo de prescripción (así, entre otros, BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. pp. 122-124 y DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 120-124 con cita de jurisprudencia a su favor).

718Ibíd. p. 119; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. pp. 618-619; MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La prescripción de la acción de nulidad...», ob. cit. p. 89; y CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. pp. 97 y 99.

719DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 189. Señalan que «en algún caso reciente -se refiere a la STS 25-1-1991- hace pensar también que la imprescriptibilidad comúnmente afirmada no puede llevarse tan lejos que obligue a reescribir la historia de la propiedad en España».

720Prescripción porque se extingue la acción por transcurso del tiempo de la acción de restitución, pero impropia porque el fundamento de la prescripción propia es objetivo (la certeza de las relaciones jurídicas y la seguridad jurídica) mientras que, en este caso, el fundamento será subjetivo (pérdida del interés legítimo actual del demandante en ejercitar la acción de declaración por transcurso de plazo de la acción de restitución).

721ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. pp. 860-861; del mismo autor, «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 36-41.

722Sobre la confirmación del contrato anulable véase además de la imprescindible obra de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. *La confirmación del contrato anulable* y la bibliografía allí citada, numerosos estudios p. ej. DE CASTRO, F.: *EL negocio...*, ob. cit. pp. 512-515; DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 333, 335 y 360; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 625-626; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 684-687. Sobre otras formas de convalidación no reguladas en el CC vide DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 360-361. En derecho italiano vide sobre convalidación del negocio anulable entre

confirmación puede, así, definirse como aquella convalidación operada por una posterior declaración de voluntad de quien podría invocar la causa de invalidez⁷²³. Como señala DE CASTRO «*en poder del protegido se ha dejado la posibilidad de que el negocio siga en vida o sea anulado; facultad que se completa con la de poder sanarle, haciendo que desaparezca el vicio o vicios de que adoleciera*»⁷²⁴. En todo caso, el mero transcurso del tiempo para ejercitar la acción de anulabilidad no constituye confirmación no sólo porque el alcance de la confirmación es más amplio que el de la prescripción ya que aquella significa la purificación del negocio de los vicios de que adolecía sino, sobre todo, porque es perfectamente posible que prescriba (o caduque, según la concepción que se siga) la acción de restitución sin que haya sido posible siquiera la confirmación (como sucede, por ejemplo, si transcurridos cuatro años desde la consumación del contrato no se conoce aún el dolo o el error) y porque, en virtud del art. 1935 CC, cabe renunciar a la prescripción ganada⁷²⁵ mientras que, por contra, la confirmación convalida con eficacia retroactiva el negocio viciado que surte efecto, definitivamente, en sus propios términos. Por eso, a la convalidación del negocio anulable por transcurso del tiempo durante el que podía ejercitarse la acción de impugnación se le denomina «*prescripción sanatoria*»⁷²⁶.

2.2.4.3 Crítica de la teoría bipartita de la nulidad-

La teoría bipartita de las nulidades sostiene, como señala PASQUAU LIAÑO⁷²⁷, que existirían dos, y sólo dos, tipos de invalidez; sólo dos categorías típicas de nulidad (la nulidad y la anulabilidad) perfectamente diferenciadas en sus caracteres racionales y de los que por una deducción lógica, y una vez determinada la categoría de nulidad, se determinarían en cascada y de manera inexorable, inflexible, insensible y automáticamente los elementos de su régimen jurídico⁷²⁸. Es decir, que de acuerdo con dicha tesis dualista que configura el sistema de invalidez como un sistema axiomático-lógico-deductivo, si calificamos un contrato como nulo de pleno derecho necesariamente habrá que predicarse de él el carácter automático e *ipso iure* de la nulidad, el carácter absoluto de la legitimación, el carácter declarativo de la sentencia, la imprescriptibilidad de la acción, la insubsanabilidad del vicio, la apreciabilidad de oficio de la nulidad etc., mientras que si lo calificamos como anulable inexorablemente su régimen jurídico será el de ser confirmable, prescriptible y relativo. En la mentalidad bipartita no caben nulidades relativas de pleno derecho⁷²⁹ ni prescriptibles; no caben

otros STOLFI, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 103-107; BETTI, E.: *Teoría...*, [ed. 2018], ob. cit. p. 347.

723DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 335.

724DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 512.

725DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 351.

726ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. p. 42; CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones...* T. I ob. cit. p. 318.

727PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 43 *et passim*; del mismo autor: «Comentario a los artículos 9 y 10», en *Comentarios...*, ob. cit. pp. 279-280.

728Como señala PASQUAU en la teoría clásica binaria «*todas las cuestiones se reducen a una: la calificación del tipo de invalidez (nulidad o anulabilidad) de que está afectado el contrato. Resuelta esta pregunta, las demás no son sino la aplicación de una tabla rígida de consecuencias*» (PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 78, 84 *et passim*; en el mismo sentido, VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 418). Por otro lado, PASQUAU LIAÑO destaca y critica la «*terrible dosis de automatismo*» que proporciona a los jueces la tesis bipartita en (en *Nulidad...*, ob. cit. pp. 144-145) así, como la especial insensibilidad de la que suele hacer gala el TS respecto de las inexorables consecuencias que derivan de la calificación de un contrato como nulo o anulable (ibid p. 128).

729De hecho la criticable sinonimia imperante en nuestra doctrina y jurisprudencia entre nulidad relativa y anulabilidad no es sino manifestación de la concepción bipartita porque en el fondo, al hacer coincidir el género -nulidad relativa- con la especie -anulabilidad provocada- niega que puedan existir nulidades relativas que no sean anulabilidades provocadas como sería la nulidad relativa de pleno derecho [ineficacia automática] donde el negocio sería nulo *ab origine* y la legitimación estaría restringida a diferen-

anulabilidades absolutas. No caben matices, no caben grises: o blanco o negro. *Tertium non datur*.

Dicha concepción clásica o bipartita de las nulidades sostenida por la doctrina mayoritaria⁷³⁰ ha sido recientemente criticada por un sector doctrinal, aun minoritario, no solo por el exceso conceptualista en el que incurre y por el sistema axiomático-deductivo que presupone, sino también por los resultados prácticos insatisfactorios a los que conduce; por su dificultad para abarcar toda forma de invalidez; por su carácter inexorable y automático insensible a las particularidades del caso concreto y, por último, por sus fundamentos teóricos⁷³¹. Los autores clásicos bipartitos pretendieron, por encima de todo, el triunfo de la seguridad con cierto menoscabo de la justicia y de la equidad mientras que la dogmática moderna contraria a dicha tesis dual de la invalidez tiende a

cia de la anulabilidad que es una nulidad relativa a instancia de parte [ineficacia provocada] -el negocio es válido mientras no se invalide mediante el ejercicio de la correspondiente acción- y donde la legitimación estaría igualmente restringida.

730Con razón señala CONCHEIRO DEL RÍO que dentro de esta teoría bipartita podemos encuadrar a la mayor parte de los autores españoles (CONCHEIRO DEL RÍO, J.: «La invalidez en el campo del derecho privado» en *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*. Ed. DIJUSA. Madrid. 2002. p. 215). En la doctrina francesa sigue la teoría bipartita, si bien de un modo flexible, LUTZESCO quien distingue, tras un detallado análisis histórico, entre nulidades absolutas y relativas según el interés público o privado que inspiró la redacción de la ley prohibitiva (*vide* LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 239 y ss., 366-367 *et passim*). Así, la nulidad absoluta tendrá en opinión de LUTZESCO por misión asegurar directamente la salvaguarda del interés general y la relativa asegurar directamente el interés privado e indirectamente el interés general (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 242, 309, 312, 332, 361, 366 *et passim*). Añadirá LUTZESCO que la transcendencia de dicha distinción bipartita reside en que una vez determinado el tipo de nulidad de ello se derivan la legitimación activa, la confirmabilidad del acto y la prescriptibilidad (*ibid.* pp. 239 y 240 *et passim*) si bien reconocerá que no existe una línea clara de separación entre los dos grados de ineficacia (*ibid.* p. 240), que existen situaciones en que se encuentran en conflicto intereses privados y generales (*ibid.* p. 241) y que la teoría de las nulidades no está estructurada sobre principios inmutables sino sobre lineamientos generales (*ibid.* p. 241 y 242) viéndose incluso obligado a admitir alguna excepción de nulidad absoluta susceptible de confirmación (*ibid.* p. 217-218).

731Destacan en la crítica a la teoría bipartita de las nulidades PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. *passim*; del mismo autor, «Comentario...», ob. cit. pp. 279-280 y VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. 417-419, 420, 422 *et passim*. También aceptan la existencia de supuestos atípicos de invalidez, entre otros, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mª. M.: *La rescisión*, ob. cit. p. 114; BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 53; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 30 si bien con carácter excepcional «*para causas concretas*»; CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...» ob. cit. p. 96 y ss.; CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.: «Notas críticas...», ob. cit. p. 1052; DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 34 y ss.; DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Inexistencia...», ob. cit. p. 469; DIEZ-PICAZO quien llega a afirmar que: «*el legislador no se encuentra vinculado por ninguna de las posibles categorías dogmáticas (de ineficacia) y puede dotar a la disciplina normativa que establezca del contenido que estime más conveniente; y es un grave error pensar lo contrario*» (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. 1. ob. cit. p. 458; en el mismo sentido, en p. 469); EGUSQUIZA BALMASEDA, Mª.A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 23-25, 93 *et passim*; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 963 y 978; del mismo autor, «Violencia...», cit. p. 235 especialmente en n. 53 y p. 251. JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. p. 334 y 342; MIQUEL, J.Mª.: «Artículo 8. Nulidad» en *Comentarios...*, ob. cit. pp. 474-475; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 616. También parece defender la existencia de formas atípicas de invalidez RAMON CHORNET, J.C.: «Las condiciones generales...» ob. cit. p. 2660 n. 40 quien llega a afirmar que «*la ineficacia contractual es mucho más rica que la que resulta de la simple contraposición entre la nulidad absoluta y la anulabilidad*». Por su parte, BLANDINO GARRIDO aunque reconoce la existencia de medidas que modulan el régimen tradicional de la nulidad y cree que los elementos de la nulidad prevista en la ley de consumidores deberá determinarse atendiendo a las peculiaridades de la contratación mediante cláusulas predisuestas y a la finalidad de la norma «*aunque ello implique desviarse de esquemas dogmáticos preconstituidos*» prefiere no crear figuras híbridas entre la nulidad y la anulabilidad porque ello conllevaría el problema de determinar el régimen a aplicar a esa nueva categoría en caso de silencio de la ley (BLANDINO GARRIDO M.A.: «La ineficacia de las condiciones generales...», ob. cit., 2011 pp. 251 n. 57 y 253).

colocar estas últimas por encima de aquellas⁷³². Pasamos a analizar las diversas críticas que merece la tesis bipartita:

2.2.4.3.1 Crítica por sus resultados.

La concepción bipartita de las nulidades, como ha demostrado de manera convincente PASQUAU LIAÑO, ha conducido a nuestra jurisprudencia a resultados criticables, errores graves y, en general, a un fracaso oculto de la jurisprudencia en materia de nulidad contractual impidiendo que pueda matizarse los elementos del régimen jurídico de cada tipo de invalidez⁷³³. Asimismo, su aplicación mecánica e inexorable (determinada la categoría de la invalidez el régimen jurídico es inexorable) ha impedido que, en muchos casos de los resueltos por la jurisprudencia, entren en juego, precisamente por ese automatismo de determinación del régimen jurídico, principios y reglas sutiles como la doctrina de los actos propios, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, la doctrina del abuso del derecho o la irrepitibilidad de las obligaciones naturales. Por otro lado, dicha concepción bipartita impide comprender de manera coherente fenómenos como el de la conversión del negocio nulo, el de la nulidad relativa de pleno derecho que proclama inequívocamente, entre otros, el art. 8 y 9 de la LCGC e impide comprender la jurisprudencia del TJUE que, como veremos, admite, al menos en sede de defensa de consumidores, nulidad subsanables y renunciables etc.

La oscilación de la doctrina jurisprudencial del TS, que prácticamente ha defendido cualquier teoría en los casos de invalidez derivada del art. 166 CC, es una manifestación del fracaso de la teoría bipartita; teoría cuya rigidez impide al intérprete, en atención a los intereses concretos en juego, matizar o modular, una vez decidida por una de las dos formas de invalidez, el régimen jurídico aplicable⁷³⁴. Dicha rigidez ha conducido a que el TS, en ocasiones, decida primero si, en dicho caso concreto y en atención a consideraciones de justicia material, debe concederse acción al demandante y después calificar, en consecuencia, el tipo de invalidez como de nulidad o de anulabilidad⁷³⁵. Es

732VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 432-433

733PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 129 a 136. En cuanto a dichos errores graves vide más ampliamente últ. ob. cit. pp. 139-143 y en cuanto al fracaso oculto que ha supuesto la tesis bipartita dicho fracaso deriva de que «propicia soluciones poco satisfactorias sin preservar suficientemente ni siquiera la seguridad jurídica» y «mantiene sin respuesta tan importantes aspectos». Y constituye un fracaso oculto «porque la doctrina bipartita de las nulidades ofrece respuestas para todas las preguntas; pero todas las preguntas se reducen a una (nulidad o anulabilidad), de manera que se cubre con una pantalla de simplicidad lo que merece un poco más de complejidad» (ibíd. p. 146).

734PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 109. Así, señala este autor como la STS 21/5/1984 es víctima en su argumentación de la concepción bipartita de la nulidad: de un lado tiene claro que el contrato es ratificable lo que le lleva a excluir el régimen de la nulidad de pleno derecho, pero también es consciente de que, en rigor, no puede calificarse de anulable, ya que, al carecer el representante de poder de disposición, el contrato es de por sí totalmente ineficaz. Pero como según la tesis bipartita que dicho tribunal defiende no cabe más que la nulidad o la anulabilidad, opta por esta segunda como única vía para excluir las rígidas consecuencias que se derivarían de la nulidad.

735Así PASQUAU señala que el TS, en ocasiones, «incluso calificará interesadamente un contrato como anulable o como nulo para propiciar la aplicación de alguna característica propia de dicho régimen que esté en juego en el concreto litigio, alterando en otros litigios dicha calificación cuando sea otra la cuestión que se dilucide» (PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 15). Así, en ocasiones, el TS no determina primero desde parámetros conceptuales el tipo de invalidez y de ahí deducen inexorablemente, y siguiendo esquemas rigurosamente lógicos, el régimen jurídico, sino que, por contra, tratando de dar una solución justa al concreto caso, determina el tipo de invalidez en función del régimen jurídico que le parece más apropiado para la composición de los intereses enfrentados en el caso concreto (últ. ob. cit. p. 21; en parecido sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 22-23). Es decir, en contra de la lógica y la seguridad jurídica, primero determinan el régimen y luego, por inducción, la categoría de invalidez. No obstante, dicha manera de actuar es excepcional en nuestro TS porque con carácter general, y en consonancia con la teoría bipartita que dicho Tribunal defiende,

decir, si considera que en ese supuesto concreto y en atención a criterios de justicia del caso concreto, aunque hayan transcurrido diecisiete años desde la venta (como sucede en el caso de la STS 22.4.2010, TOL1.864.654) el actor debe poder conseguir la nulidad de la venta calificará el contrato como nulo de pleno derecho para que no quepa oponer, si lo califica de meramente anulable, la prescripción/caducidad de la acción por transcurso del plazo de 4 años del art. 1301 CC; pero, en otros casos, prefiere calificarlo de anulable porque si lo califica de nulo de pleno derecho considera que inevitablemente (por indicarlo así la concepción dual de la nulidad) debe predicar el carácter absoluto de la legitimación o si considera que concurre en los supuestos del art. 166 CC una nulidad del art. 1259.2 CC no explica por qué se niega al comprador la posibilidad de revocar su consentimiento antes de que se ratifique el contrato por los hijos. Usando una metáfora que ya empleara BLASCO GASCO el TS a veces encaja los artículos sobre invalidez, en los casos concretos como según la mitología hacía Procusto con sus huéspedes mientras dormían: cortando las partes del cuerpo que sobresalían de la cama o estirándolo hasta encajarlo perfectamente en la cama⁷³⁶. Y ese encaje forzado no es sino una de las consecuencias desastrosas de la rigidez del sistema axiomático deductivo bipartita de nulidades.

2.2.4.3.2 Crítica por su dificultad de encajar todos los supuestos de invalidez y por su carácter inexorable

Una de las críticas fundamentales que se han realizado a la concepción clásica bipartita es que existen supuestos que se resisten a encajar pacíficamente en una de las dos únicas categorías que reconoce la tesis bipartita (o nulidad o anulabilidad) porque la aplicación inexorable y en bloque del régimen jurídico de una u otra en cuanto a la legitimación, prescripción y sanabilidad daría lugar a soluciones poco razonables⁷³⁷. El supuesto que, quizá, más se resiste a encajar pacíficamente en la concepción bipartita es el de la venta de un inmueble realizada por los padres en nombre de los hijos sin autorización judicial (art. 166 CC) porque si dichos negocios se consideran nulos de pleno derecho ex art. 6.3 CC no podrán adquirir nunca, ni aunque beneficiasen al menor, eficacia definitiva; si se consideran nulos ex art. 1259.2 CC debería permitirse que la parte que contrató con los padres revoque su consentimiento si lo hace antes de que lo ratifique el hijo ya mayor y, por último, si se consideran anulables la acción caducará a los 4 años desde que el menor saliera de la patria potestad (art. 1301.3º CC) cuando, a lo peor, en ese breve plazo el interesado ni siquiera tuvo conocimiento de dicho contrato⁷³⁸. Obviamente ninguna de dichas soluciones parece aceptable y demuestra que nuestra jurisprudencia en tema de invalidez se encuentra, a veces, entre Escila y Caribdis: cuanto más pretende alejarse en el concreto supuesto enjuiciado de la nulidad absoluta (para evitar su carácter insubsanable) más se acerca a los peligros de la anulabilidad (con su breve plazo de caducidad).

En estos casos que se resisten a encajar pacíficamente en la concepción bipartita, como los del 166 CC «*el régimen jurídico más apropiado para su solución estaría integrado de elementos propios de la nulidad y de la anulabilidad entremezclado*»⁷³⁹. Como

primero califica el tipo de nulidad desde parámetros conceptuales, y después, a modo de corolario, deducen inexorablemente el régimen jurídico (PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 68; en el mismo sentido).

736BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 29 y 111 si bien este autor lo refería a la aplicación por el TS del art. 6.3 CC.

737PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 16; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 399 y 400.

738PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 17.

739Ibíd. p. 18.

consecuencia de dicha dificultad en alguna ocasión el TS ha llegado a configurar, aunque sin denominarlo así expresamente, un régimen de invalidez atípica⁷⁴⁰.

Como conclusión ante esta dificultad de encajar ciertos supuestos, entre ellos los del 166 CC, comparto las palabras de DELGADO ECHEVERRÍA de que:

«para la calificación de casos dudosos, no hay que perder de vista que los regímenes de la nulidad y la anulabilidad son, ciertamente, los regímenes "típicos", en el sentido de que para ellos -más este último- hay ciertas normas legales específicas; pero no son las únicas modalidades de invalidez ni, mucho menos, de ineficacia conocidas o posibles en nuestro Derecho. El legislador es libre para establecer particulares regímenes de invalidez o de ineficacia que no se atengan a los moldes "típicos", o desviaciones respecto de cualquiera de ellos, sin necesidad de darles nombre doctrinal alguno (...), sino señalando directamente algunas de sus características (...). Cuando determina sólo algunos extremos, ello no justifica, por sí, la adscripción del supuesto a la categoría típica que muestra esta característica, para atribuir, entonces, todas las demás que el legislador no ha mencionado: vicio conceptualista (sic) contra el que puso en guardia DE CASTRO»⁷⁴¹.

En todo caso, como veremos, no solo el legislador configurará dichas nulidades atípicas sino también el intérprete y, en especial, la jurisprudencia del TJUE y del TS.

2.2.4.3.3 Crítica por sus fundamentos teóricos.

Por último, la teoría bipartita es criticable en sus fundamentos teóricos porque equipara e identifica la nulidad con la idea de inexistencia jurídica del acto sin permitir modulaciones a la ineficacia atribuida al contrato nulo ya que se aplica, en todo caso, el régimen natural de la inexistencia (ausencia completa de efectos, insanabilidad absoluta, legitimación absoluta etc.)⁷⁴². Así, si un contrato no es como debe ser entonces tajantemente no hay contrato sin permitir grises entre el ser y el no ser; entre el contrato y el no contrato de tal modo que *«no hay hueco alguno entre ambos niveles»* lo que conlleva que *«no existe posibilidad racional de distinguir la inexistencia de la*

740Así, p.ej., el TS ha defendido, en ocasiones, la prescriptibilidad ordinaria de la acción de nulidad de los préstamos usurarios (15 años del ant. art. 1964. 2 CC) y asimismo, en otros casos, ha defendido la no apreciabilidad de oficio aun en supuestos de nulidad radical (PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 22 y 23). En el supuesto enjuiciado por la STS 30/06/1978 (TOL2.185.166) se trataba de analizar la ineficacia de los actos del quebrado de acuerdo con la legislación anterior a la LC de 2003. El TS no los incluye ni en la nulidad ni en la anulabilidad porque no cuadra perfectamente con ninguna de dichas categorías, pero, como no reconoce expresamente otras formas de invalidez, se ve obligado a concretar el régimen de dicha invalidez de los actos realizados por el quebrado señalando que será una invalidez relativa ya que solo pueden instarla los acreedores de la quiebra, pero no el quebrado, siendo susceptible de confirmación. Sentencia comentada por GORDILLO CAÑAS, A.: *«Nulidad...»*, ob. cit. pp. 981-982 que considera la invalidez configurada por dicha sentencia como un *«supuesto muy próximo a la anulabilidad»* (últ. ob. cit. p. 982).

741DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 34-36 añadiendo que: *«Podría así ocurrir, por ejemplo, que estuviera en manos de cualquier interesado hacer valer una "nulidad" y, sin embargo, señalarse plazo para ello (figura doctrinal que podría llamarse de "anulabilidad absoluta" o con legitimación ampliada) [...] o, por el contrario, limitar a ciertas personas (o excluir a algunas) el ejercicio de la acción, pero dotar en lo demás a la invalidez de los caracteres de la imprescriptibilidad e inconvalecibilidad ("nulidad relativa", distinta de la anulabilidad: "nulidad divisible", ha propuesto CARRASCO PERERA, Á.1992, 800 y 804). El art. 1.259 configura un régimen de invalidez (mejor, de mera ineficacia, aunque hable de nulidad) que no coincide con las categorías típicas de nulidad y anulabilidad, y otros más o menos similares pueden encontrarse»* considerando, por fin, que *«más interesante que teorizar, en abstracto, sobre estas figuras híbridas, nos parece insistir en que el legislador no está sujeto por el corsé de las modalidades típicas de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, ni el intérprete, por tanto, obligado a optar por una o por otra al interpretar las normas que establecen o de que deriva cierta invalidez o ineficacia sin precisar su régimen»*.

742PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 161 y ss.

nulidad»⁷⁴³. En el fondo, la teoría bipartita equipara los efectos de la ineficacia de un contrato en los que no exista oferta ni aceptación ni siquiera en estado incipiente (es decir, un contrato inexistente) y los de un contrato en los que existe consentimiento, objeto y causa, pero que incumpla un requisito de forma *ad solemnitatem* (una donación inmobiliaria en documento privado) o una norma imperativa (p. ej. las ventas del art. 166 CC). Y parece obvio que los supuestos son completamente distintos y requieren soluciones distintas. Pero la teoría bipartita, con su exceso conceptualista, unifica las soluciones para todos esos casos distintos aplicando, a todos, el régimen radical de la inexistencia.

Por otro lado, como ya señalara GORDILLO los indicados caracteres de la nulidad (carácter automático, absoluto, imprescriptible, insanable, declarable de oficio...) se manifiestan de forma indubitada en la nulidad propia que sería la del acto *contra legem* del art. 6.3 CC, pero en los supuestos de nulidad impropia (la que incluye la ausencia de elementos esenciales del negocio del art. 1261 CC) tal afirmación sobre los caracteres de la nulidad es más dudosa porque «*los caracteres atribuidos a la nulidad sólo pueden justificarse y entenderse como resultado del choque de la voluntad privada contra la fuerza absoluta de la ley imperativa o prohibitiva; más allá pierden. al menos en gran parte, su propia razón de ser*»⁷⁴⁴. Lo mismo sucede, a nuestro entender, con la legitimación absoluta que, perfectamente comprensible en el ámbito de los actos *contra legem* imperativas, por definición indisponibles y cuya gravedad aconseja ampliar todo lo posible el círculo de legitimados para impedir o reprimir la vulneración de dicha disposición general, es, sin embargo, difícilmente atendible en el ámbito de la ausencia de elementos esenciales del negocio del art. 1261 CC que es un ámbito contractual, en su mayor parte disponible y donde el principio de relatividad contractual -art. 1257 CC- casa mal con una extensión de la legitimación a quien no es parte del (no) contrato y, por tanto, no puede verse afectado por el mismo.

PASQUAU LIAÑO propone como solución para superar la rigidez e ineluctabilidad propia de la concepción bipartita de las nulidades: «*Restituir la nulidad al plano de la consecuencia jurídica [...] volver a distinguir el contrato nulo del no contrato o del contrato inexistente [...]; si la nulidad es una sanción jurídica y no un supuesto de hecho, si es un mecanismo de reacción del ordenamiento jurídico y no un estado natural del acto jurídico, entonces tiene sentido adaptar su régimen jurídico a la finalidad perseguida en cada caso por la norma que la establece, al tipo de irregularidad que la determina, y a las exigencias propias del proceso civil*»⁷⁴⁵. Así, entiende este autor, que es la apariencia de regularidad la línea que debe separar los contratos existentes (aunque acaso nulos) de los propiamente inexistentes⁷⁴⁶ debiendo

743Ibíd. p. 162.

744GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 966-967. Y así señala este autor con relación a dos caracteres tradicionales de la nulidad radical (la inconfirmabilidad y la apreciabilidad de oficio) que dichas notas solo se entienden con relación a la nulidad propia, pero no con relación a la nulidad impropia. Y ello porque la razón de la prohibición de la confirmación del negocio nulo es, con cita de DE CASTRO (DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 479), que «*no le está permitido a la voluntad individual escapar de la aplicación de las normas imperativas y prohibitivas mediante una nueva declaración corroborativa de lo antes dicho y hecho*». Lo cual tiene sentido en las nulidades propias, pero no en las impropias, Lo mismo sucede con relación a la apreciabilidad de oficio de la nulidad que tiene completo sentido en los actos *contra legem* (nulidad propia) porque sería absurdo que el Juez ordene el cumplimiento de un acto ilegal, pero no en los casos de inexistencia racional por no concurrencia de los elementos del art. 1261 CC (en GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 967-968).

745PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 163.

746PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 170 y 173. En posición parecida indica LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA que habrá inexistencia cuando «*falte una situación social identificable como contrato*»; cuando «*no es reconocible un acto de la autonomía privada*» (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 28-29).

abandonar la visión esencialista del acto jurídico (que entiende que los contratos son entes con una determinada esencia de la que deriva toda virtualidad para ser reconocidos como tales) y adoptar una perspectiva fenomenológica que considere que los contratos son fenómenos que se presentan en la realidad; por tanto, si un contrato se presenta en la realidad con un mínimo de apariencia de regularidad debemos hablar de contratos nulos (no inexistentes) y entonces la acción de nulidad será necesaria como reactivo y defensa frente a actos que fenomenológicamente son idóneos para producir efectos obligaciones y recibir protección jurídica, pero que adolecen de vicio de nulidad; es decir, la nulidad como sanción o consecuencia jurídica y no como estado del acto⁷⁴⁷. Solo si el contrato no presenta un mínimo de apariencia de regularidad de modo que pueda ser desconocido sin necesidad de acción judicial, cabrá hablar de inexistencia y aplicar sin modulaciones el régimen radical de ausencia total de efectos (carácter automático, absoluto, imprescriptible, insanable etc.) que hoy se predica por la teoría bipartita del contrato inexistente pero también del nulo.

2.2.4.3.4 Crítica del dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad

La teoría clásica bipartita, como vimos, afirma que uno de los caracteres esenciales de la nulidad de pleno derecho es la imprescriptibilidad de la acción declarativa. Calificado un contrato como radicalmente nulo inexorablemente, dirán, la acción declarativa será imprescriptible⁷⁴⁸. Dicho dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad es, como vimos, casi unánime en la doctrina y en la jurisprudencia⁷⁴⁹.

Frente a dicha afirmación radical y casi unánime nos parece criticable el dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad y así se va abriendo paso tanto en la doctrina⁷⁵⁰ como en la jurisprudencia una opinión contraria a dicho dogma⁷⁵¹. Y es que, como destacan DELGADO y PARRA, dicho dogma no ofrece una fundamentación

747PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 172.

748Incluso la doctrina más moderna y alejada de la concepción bipartita defiende la imprescriptibilidad de la acción de nulidad p. ej. VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 395-397.

749Si bien, como señala DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 480 y DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 185, la jurisprudencia, en un primer momento, entendió que el plazo de 4 años se aplicaba a la acción de anulabilidad y de nulidad, a partir del segundo decenio del siglo XX se decanta de modo abrumador por la teoría de la imprescriptibilidad (aunque admita que la acción de nulidad del préstamo usurario sea prescriptible). Dicha imprescriptibilidad puede verse p. ej. en STS 30/09/1992 (ROJ: STS 7342/1992); STS 15/6/1994 (ROJ: STS 4645/1994); STS 3/3/1995 (ROJ: STS 1231/1995); STS 7/7/1995 (ROJ: STS 4019/1995); STS 18/1/2001 (TOL63.746); STS 14/3/2000 (TOL1.483); STS 1/4/2000 (TOL1.530); STS 19/11/2004 (TOL514.302); STS 22/2/2007 (TOL1.038.342); STS 09/5/2007 (TOL1.092.845); STS 29/5/2008 (TOL1.331.031); STS 30/12/2010 (TOL2.038.463); STS 22/7/2021 (TOL8.518.656).

750En la doctrina tradicional se opuso a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad BORRELL Y SOLER (en *Nulidad...*, ob. cit. pp. 105-117, esp. pp. 114-116, cit. por ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 532). En la doctrina reciente se ha opuesto a la imprescriptibilidad PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. *passim*; PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 15 y 72-85 y también tímidamente DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 618.

751De hecho, el TS, en lo que supone una ruptura de la concepción bipartita de las nulidades, admite supuestos de nulidades de pleno derecho prescriptibles como es el caso de la acción de nulidad por usura (cfr. PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 314-318 y las sentencias allí citadas y analizadas). Ello supone, como señala este autor, que el TS está rompiendo la tesis bipartita y admitiendo la posibilidad de la configuración por vía interpretativa de un régimen jurídico de la nulidad ajustado a la peculiaridad del tipo concreto de irregularidad que la motiva y no derivado en bloque e inexorablemente de una determinada calificación previa del tipo de invalidez. DELGADO y PARRA consideran que quizá la razón de declarar prescriptible la acción de nulidad procedente del carácter usurario del contrato sea porque «en estos casos se ejercita casi siempre una acción restitutoria» (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 190).

muy cuidada ni en la doctrina ni en la jurisprudencia del TS⁷⁵² siendo ineludible que se revise jurisprudencialmente⁷⁵³. Trataremos, pues, de sistematizar los argumentos, legales y doctrinales, contrarios a la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad:

A) Argumentos legales contrarios a la imprescriptibilidad

Se opone a dicha imprescriptibilidad el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9 de la CE, principio contrario a que pueda quedar indefinidamente abierta la posibilidad de interponer una acción para que se declare un derecho, y favorable a que se fije un plazo para ello siendo la prescripción una institución que proporciona seguridad jurídica a situaciones no resueltas dentro de un plazo razonable. El fundamento de la prescripción extintiva, como ya dijera ALBALADEJO con relación al de la prescripción adquisitiva, se halla en la idea de la seguridad del tráfico jurídico y todo lo demás que se diga sobre dicho fundamento «*son músicas celestiales*»⁷⁵⁴. Evidentemente, todo ello salvo que la ley expresamente reconozca dicha imprescriptibilidad como hace el art. 19 LCGC con relación a las acciones colectivas de cesación y retractación y con relación a la acción declarativa, pero que no hace nuestro CC con relación a la acción ordinaria de nulidad (argumento *inclusio unius, exclusio alterius*). O, dicho de otro modo, cuando la ley expresamente ha querido que una acción excepcionalmente sea imprescriptible lo ha declarado expresamente por lo que en todos los demás casos (los casos no sujetos al derecho de consumo sino al CC) se aplica el principio general del art.1930.2 CC que señala que se extinguen por la prescripción los derechos y las acciones «de cualquier clase que sean»⁷⁵⁵.

Por otro lado, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad conduce a una concepción frustrante de la acción y del derecho a la tutela judicial efectiva (frustrante, sobre todo, para el actor) donde los derechos se declaran (dada la naturaleza meramente declarativa de la acción de nulidad que sería, según dicen y criticamos, imprescriptible) pero no tienen, una vez declarados, ninguna efectividad (porque la acción de restitución acaso haya prescrito). Además, dicha teoría permitiría llevada a sus últimos extremos «*reescribir la historia de la propiedad en España*»⁷⁵⁶, con juicios meramente declarativos que pretendieran, como sucedió en el supuesto de hecho de la STS 25-1-1991 (TOL1.727.526), volver a escribir asuntos que, en palabras de esta sentencia, «*con la lejanía histórica quedó firme*»⁷⁵⁷. Frente a ello, la prescripción de todas las acciones es el único dique protector posible contra pretensiones envejecidas que vulneran el principio constitucional de seguridad jurídica y de defensa⁷⁵⁸. De hecho, no prescribiría -en la tesis que se defiende- la nulidad sino la acción de nulidad y la de restitución

752DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 183 y 186. Entiende PASQUAU LIAÑO que la afirmación de DELGADO y PARRA acerca de la pobre argumentación de nuestro TS en relación a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad supone, en el fondo, que dichos autores «*han puesto tímidamente en duda*» dicha imprescriptibilidad (PASQUAU LIAÑO, M.: «La acción de nulidad...», ob. cit.).

753Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 15.

754ALBALADEJO GARCIA, M.: *La usucapión...*ob. cit. pp. 14 y 15.

755El art.1296.1 *in fine* de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos sí considera que la acción de nulidad de pleno derecho es imprescriptible.

756Expresión utilizada por DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 89.

757Señala dicha sentencia que no es posible cuestionarse en 1991 la validez de la venta judicial de una capilla que se había llevado a efecto a mediados del S XIX.

758En efecto, en favor de la prescriptibilidad cabe alegar el derecho de defensa y de prueba consagrado en el art. 24 CE porque, ante una acción imprescriptible, «*nadie estaría a salvo de pretensiones envejecidas, respecto de las cuales probablemente ya no tendrían pruebas para defenderse*» (argumento utilizado en el Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México de 27-11-2013 (www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2013/10/2_154548_1787.doc).

(ambas por transcurso de 5 años al no tener plazo especial señalado, art. 1964 CC)⁷⁵⁹.

En sede legal, se oponen a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad el art. 1930.2 CC y un argumento *a contrario* del art. 1965 CC. Señala el art.1930.2 CC que «*También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*» y por tanto ya sean (art. 5 LEC) pretensiones meramente declarativas, de condena o constitutivas. («*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*»). Pero, además, el art. 1965 CC añade una enumeración de acciones que declara imprescriptibles y entre las que no se encuentra la mero declarativo de nulidad. Por tanto, la necesidad de interpretación restrictiva de un principio (el de imprescriptibilidad que atenta contra la seguridad jurídica) y un argumento *a contrario* del art. 1965 CC (arg. «*inclusio unius exclusio alterius*») imponen la prescriptibilidad de la acción de nulidad⁷⁶⁰.

Por último, la reforma del Código civil de 2015 ha reducido el plazo de la acción de restitución derivada de la nulidad de 15 a 5 años (casi tangente con el de anulabilidad) lo que permite entender que si el legislador ha querido reducir el plazo de la acción de restitución derivada de la nulidad a cinco años (actual art. 1964.2 CC) no es precisamente porque quisiera, al tiempo, que la declarativa fuera eterna.

B) Argumentos doctrinales contrarios a la imprescriptibilidad

Los argumentos esgrimidos por la doctrina para justificar el «*dogma de la imprescriptibilidad de la nulidad*» son diversos si bien PASQUAU LIAÑO los ha sometido recientemente a una profunda crítica revisando las ideas fundamentales sobre los que se sustenta. Así, se expondrá, a continuación, las afirmaciones que han esgrimido los defensores de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad seguida de una fundada crítica a dichos argumentos:

a) «*La prescripción equivale a confirmación*»: Frente a la idea de que la prescripción equivale a una confirmación tácita y ésta -la confirmación- sólo opera respecto de los contratos anulables y no de los nulos (art. 1310 CC) sostiene PASQUAU LIAÑO, con razón, que la inactividad del titular de la acción durante el tiempo señalado para su ejercicio no constituye confirmación, porque la prescripción no se apoya en la voluntad tácita o presunta del titular, sino en consideraciones objetivas de protección de la seguridad jurídica y paz social⁷⁶¹.

b) «*No cabe sanar lo insubsanable*»: Frente a la idea central de la teoría bipartita de que si la nulidad es una cualidad del contrato el paso del tiempo no logrará que lo que inicialmente era nulo deje de serlo⁷⁶² señala, acertadamente, PASQUAU LIAÑO no

⁷⁵⁹Así, señala PASQUAU LIAÑO, M.: «La acción...», ob. cit. que: «*no prescriben las figuras jurídicas, las situaciones jurídicas, ni siquiera los derechos, sino las acciones, es decir, la posibilidad de recabar un determinado pronunciamiento judicial en el ejercicio de un poder o derecho. La prescripción, pues, nunca es el reflejo procesal de una modificación sustancial de la realidad jurídica. No es la consecuencia de la extinción de un derecho. No deriva del hecho de que el tiempo cambie algo en la realidad jurídica*».

⁷⁶⁰Es curiosa, por contradictoria, la STS 27-2-1964 (TOL4.324.955) que afirma el carácter prescriptible de la acción de restitución (porque el carácter de imprescriptible lo reconoce el CC, en palabras literales de dicha sentencia, «*sólo a las que enumera en su art. 1.965*») y, sin embargo, al mismo tiempo declare la imprescriptibilidad de la acción de nulidad que no está tampoco incluida en dicho art. 1965 CC.

⁷⁶¹PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 281 y ss.

⁷⁶²En palabras de la STS 27-2-1964: (TOL4.324.955): «*el mero transcurso del tiempo no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que lo inexistente no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso al interés público, se purifican de sus defectos*» o en pala-

solo que la nulidad no es una forma de ser del contrato sino una sanción, una consecuencia jurídica cuya invocación por quien resulte favorecido puede limitarse en el tiempo por exigencias de la seguridad jurídica, sino también que defender la prescriptibilidad no supone defender que prescriba la nulidad sino que prescriba la acción de nulidad porque no se trata de sanar el contrato nulo sino de declarar prescrita la acción de nulidad; de fijar un plazo a partir del cual no se podrá discutir ni saber si era nulo⁷⁶³. «*El contrato nulo, señala PERTIÑEZ, ontológicamente, seguirá siendo nulo por mucho tiempo que pase y el vicio originario no sanará por el transcurso del tiempo, pero la acción para hacer valer las consecuencias de la nulidad, como todas las acciones o pretensiones, puede estar sujeta a un límite temporal (art. 1.930 CC)*»⁷⁶⁴. O usando una metáfora de que la tanto uso hace la teoría bipartita fundada en la teoría organicista del acto jurídico: la prescripción de la acción penal por homicidio no trata de revivir al muerto sino solo de que no se discuta indefinidamente -y a partir de cierta fecha no pueda plantearse ni conocerse judicialmente- si fue un homicidio.

c) El diverso interés protegido por cada tipo de invalidez. Frente a la idea de que la nulidad protege el interés general y la anulabilidad el interés particular, lo que explicaría que en aquel caso no jugara la prescripción y en este sí, cabe oponer:

- 1 Primero, que para un sector muy importante de la doctrina dicha distinción entre nulidad-interés general vs anulabilidad-interés particular no es un criterio absoluto, sino que solo sirve como mera aproximación. En efecto, existe un sector doctrinal encabezado por GORDILLO y LUTZESCO que indica como criterio absoluto y decisivo de distinción entre la nulidad y la anulabilidad el interés protegido⁷⁶⁵, pero la doctrina mayoritaria encabezada por DELGADO ECHEVERRIA consideran el criterio del interés protegido (público en la nulidad; privado en la anulabilidad) de difícil manejo y que sólo sirve como mera aproximación como lo demuestra el hecho de que la donación de bienes comunes realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro es, según doctrina mayoritaria, nulo de pleno derecho (art. 1322. 2 y 1378 CC) a pesar de que lo que están en juego son intereses particulares⁷⁶⁶.

bras de ESPIN CANOVAS: «*para la acción de nulidad el tiempo no varía la naturaleza del negocio que seguirá siendo nulo indefinidamente*» (ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad...», ob. cit. p. 541).

763PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 281 y ss. En todo caso, el argumento de que no cabe sanar lo insubsanable tendría algún sentido en los supuestos de inexistencia absoluta (no concurrencia del supuesto de hecho negocial sin creación de apariencia de contrato), pero no en los supuestos de nulidad (en los que existe cierta apariencia de contrato) y demuestra las distorsiones que la categoría de la inexistencia genera en el cuadro de las categorías de invalidez.

764PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 77-78.

765GORDILLO CAÑAS, A. «Nulidad...», ob. cit. pp. 942, 966, 976 *et passim*; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 31. Dicha distinción en atención al interés protegido ente nulidad y anulabilidad ha recibido reciente respaldo por los «Principios latinoamericanos de Derecho de los Contratos» elaborado por un grupo de profesores de países latinoamericanos en agosto de 2016, en Chile, junto con los cambios acordados en agosto de 2017, en Colombia. Y así señalará el artículo 41 de dichos principios que: «*La nulidad es absoluta cuando afecta el interés general y relativa cuando sólo afecta intereses particulares*». Más ampliamente sobre dicho artículo y sobre el resto de dicha obra vide DE LA MAZA GAZMURI, I. *et al.*: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* en Colección de Derecho Privado. Ed. BOE Madrid 2017, p. 45.

766En este sentido de considerar el criterio del interés protegido como mera aproximación y no como un dato decisivo véase DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 31; BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. pp. 52 – 53; JORDANO FRAGA F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. pp. 334, 336, 337 *et passim*; BLANDINO GARRIDO, M.A.: «La ineficacia...», ob. cit. pp. 239-296 y p. 248 n. 43 y la doctrina allí citada. Así todo. lo que es insostenible es la distinción entre nulidad y anulabilidad atendiendo al criterio de la gravedad del ataque porque es más grave un contrato firmado con violencia o intimidación -anulable- que una donación de inmuebles en documento privado -nula-, vide CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 27 n. 72 y la bibliografía allí citada.

- 2 Segundo, porque aunque se admitiera que la nulidad responde a intereses generales no se justifica, aun así, la imprescriptibilidad porque, como ejemplifica PASQUAU LIAÑO, ni siquiera en el orden penal, que ampara intereses generales más relevantes, la persecución de los delitos más graves escapa a la prescripción e incluso en el orden civil el ladrón de un bien mueble, a pesar de su conducta antijurídica y reprochable, adquiere por usucapión a los seis años⁷⁶⁷.

d) Es una acción meramente declarativa. Señalaba YZQUIERDO TOLSADA que «*es la propia naturaleza meramente declarativa de la acción (de nulidad) lo que le otorga su carácter imprescriptible*»⁷⁶⁸. Frente a ello, como ha señalado recientemente la doctrina procesalista, la imprescriptibilidad no es un rasgo esencial de las acciones mero declarativas. Y así, señala CALDERÓN, que la imprescriptibilidad de las acciones mero declarativas es un criterio relativo existiendo excepciones en nuestro ordenamiento de acciones declarativas sujetas a un régimen temporal⁷⁶⁹.

e) Por sus resultados. También es criticable el dogma de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad por la escasa transcendencia práctica de dicho dogma que no pasa de ser «*un principio retórico, o regla de escasisima transcendencia práctica*»⁷⁷⁰ puesto que, según la mayoría de la doctrina, prescrita la acción de restitución falta el requisito de la actualidad del interés para el ejercicio de la acción declarativa⁷⁷¹. Y es que, aun los partidarios de la imprescriptibilidad de la acción, defenderán dicha «*muerte*» de la acción declarativa al señalar que, pasado el plazo para poder exigir la devolución mediante la acción de restitución, solo se puede interponer con éxito la acción declarativa si se tiene en ella algún interés que no sea de obtener la ya inalcanzable devolución por lo que, como señala ALBALADEJO, aunque se diga que la acción declarativa es imprescriptible «*en la práctica puede arrastrarla a morir la prescripción de la acción de restitución. Si bien ciertamente que no morirá por prescripción, sino por falta de interés*»⁷⁷². Así, dicha tesis de la actualidad del interés trata de alcanzar los resultados prácticos de la imprescriptibilidad (que no se reescriba, como decían DELGADO y PARRA, la historia de la propiedad en España⁷⁷³) pero sin abandonar formalmente el postulado dogmático de la imprescriptibilidad de la acción declarativa. Y digo “*formalmente*” porque en el fondo los autores que admiten la “*muerte*” de la acción declarativa por falta de interés actual sí consideran que se extingue la acción por el paso del tiempo (que prescribe, pues, arg. art.1930.2 CC, aunque sea impropia la acción) en cuanto dicho paso del tiempo revela la falta

767PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 281 y ss.

768YZQUIERDO TOLSADA, M.: «*Tipología...*», ob. cit. p. 599.

769CALDERON CUADRADO, M^a P.: *Tutela Civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008, p. 683 y ss. En realidad, como señala este autor, el criterio de la retroactividad, imprescriptibilidad y de la amplia legitimación de la acción meramente declarativa estaba «*pensado en gran medida con relación a la nulidad y la anulabilidad*» por lo que, en mi opinión, no es que la acción de nulidad sea imprescriptible por ser mero declarativa sino que las acciones mero declarativas se ha discutido si son imprescriptibles porque, para los partidarios de la tesis bipartita dominante y sin fundamento legal expreso, la acción de nulidad era imprescriptible.

770PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 288.

771CAPILLA RONCERO, F.: «*Nulidad...*», ob. cit. pp. 25 y 27.

772ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. pp. 860-861; del mismo autor, «*Ineficacia e invalidez...*» ob. cit. p. 36-41. En el mismo sentido, CAPILLA RONCERO, F.: «*Nulidad...*», ob. cit. p. 25 y 27 y DE CASTRO quien indica que es preciso que quien ejercita la acción de nulidad tenga un interés actual en su ejercicio lo que «*impedirá su perpetuación indefinida en el tiempo*» (en *El negocio...*, ob. cit. p. 482). También CARRASCO insiste en que el ejercicio de las acciones declarativas no está sujeto a limitaciones temporales, pero requiere un interés actual en el actor (en CARRASCO PERERA, A.: «*La acción para reclamar intereses pagados...*», ob. cit. p. 97).

773DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 189.

de actualidad del interés.

En todo caso, dicha falta de abandono formal de la imprescriptibilidad puede generar problemas porque si, prescrita la acción de restitución, desaparece la actualidad del interés es porque se parte de que el interés debe ser pecuniario y, por tanto, si no va a conseguirse la restitución de la cosa, ¿qué interés legítimo puede haber en ejercitar la acción declarativa? Pero ¿qué ocurre si el interés legítimo es moral?⁷⁷⁴ ¿Podrían solicitarse la declaración de nulidad en el S XXI de una venta de una capilla realizada a mediados del SXIX por incumplimiento de la legislación desamortizadora⁷⁷⁵ o la declaración de nulidad de la adquisición por la Iglesia Católica hace 1000 años de un inmueble simplemente alegando que el interés moral del peticionario subsiste y aun a sabiendas de que no habrá lugar a la restitución porque esa acción de restitución, sin duda, ha prescrito?. Entendemos que no, por las «razones tan obvias que no es necesario enumerar» a que aludía la STS 25-1-1991 reseñada y entendemos, asimismo, que para justificar dicha decisión no es suficiente la teoría de la “muerte” de la acción declarativa por falta de un interés actual, sino que es preciso mantener con PASQUAU directamente la prescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad⁷⁷⁶.

2.2.4.3.5 Crítica del dogma de la prescripción cuatrienal de la acción declarativa de anulabilidad.

Es doctrina casi unánime que el plazo para el ejercicio de la acción declarativa de anulabilidad dura 4 años por aplicación del art. 1301 CC. En posición minoritaria sostiene DELGADO ECHEVERRÍA que el plazo de que habla el art. 1301 «*es el plazo de prescripción de la acción de restitución y no, como suele entenderse el plazo para hacer valer la anulabilidad*»⁷⁷⁷ porque el plazo para solicitar que se declare la

⁷⁷⁴No olvidemos que el interés legítimo «abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad)». Así, entre otras, la STS, Sala 3ª, 21/9/2004 (TOL515.092) con cita de jurisprudencia. En el mismo sentido, señala VAZQUEZ que el interés de dicho tercero ha de ser un interés jurídico particular y personal, pecuniario o moral. (en VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 382-383 y 386). Y, así, DELGADO y PARRA matizan la afirmación tajante de que el simple transcurso del plazo de la restitutoria hace perder el interés legítimo en la declarativa señalando que «*la extinción de la acción restitutoria privará normalmente al actor de aquel interés que legitima para poder ejercitar la acción declarativa*» por lo que el adverbio de tiempo «*normalmente*» parece admitir que por excepción subsista el interés aun transcurrido dicho plazo de la acción restitutoria que ya podrá ser solo, entendemos, un interés moral (en *Las nulidades...*, ob. cit. p. 119).

⁷⁷⁵Tal fue el supuesto resuelto por la STS 25/01/1991 (TOL1.728.158). Se planteaba a las puertas del SXXI la nulidad de pleno derecho de la venta judicial de una capilla realizada por un Auto del Juzgado de Gerona de 15-3-1843 por no haberse respetado la legislación desamortizadora (en concreto se denunciaba la infracción del art. 6.4 de la Ley de 2-9-1841). El TS, con innegable sentido práctico y lógico, señala que: «*no cabe pronunciarse ahora, al tratarse de una resolución judicial que, con la ya dicha lejanía histórica, quedó firme y que no consta hubiera sido impugnada en su momento por quien tuviera legitimación para ello*» añadiendo que «*por razones tan obvias que no es necesario enumerar, resulta palmario y evidente que [...] no es posible cuestionarse ahora [...] la validez de una resolución judicial firme que fue dictada hace mucho más de un siglo (el aludido Auto de fecha 15-3-1843), en el sentido de determinar si de la venta que hizo en pública subasta de la referida finca, debió o no dejar excluida la capilla que formaba parte integrante de ella*».

⁷⁷⁶Por último, como señalan DELGADO y PARRA la admisión, por una parte, de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad, la prescriptibilidad, por otro lado, por transcurso de quince años -actualmente de cinco- de la acción de restitución de la nulidad y la existencia de los plazos de adquisición por usucapión y de plazos para el ejercicio de la acción reivindicatoria plantea numerosos problemas prácticos (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 190 -191). Se han ocupado de investigar tales problemas, entre otros, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 193 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 277-319.; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. pp. 598 y ss.

⁷⁷⁷DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 117. YZ-

anulabilidad es imprescriptible precisamente por tratarse de acción meramente declarativa⁷⁷⁸ si bien reconoce que la prescripción de la acción de restitución privará normalmente al actor del interés legítimo actual para ejercitar la acción declarativa⁷⁷⁹.

No comparto esta posición de DELGADO porque, como ya expusimos, no pertenece a la esencia de la acción meramente declarativa necesariamente su imprescriptibilidad; porque la ampliación de plazos es contraria a las tendencias actuales que se inclinan a reducirlos (cfr. Ley 42/2015, de 5 de octubre, que modifica el art- 1964.2 CC y reduce de 15 a 5 años la prescripción de las acciones personales que no tengan plazo especial) y por las mismas razones por las que se ha criticado la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad más arriba.

2.2.4.3.6 Crítica de otros caracteres de la nulidad clásica

Existen además de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad otros caracteres que la teoría bipartita ha atribuido tradicionalmente a la nulidad de pleno derecho y que merecen someterse a crítica:

A) El carácter *ipso iure* o de pleno derecho de la nulidad radical

Afirma la tesis bipartita que la nulidad radical es una ineficacia automática por cuanto se produce por la fuerza misma del ordenamiento (*ipso iure*, de pleno derecho) sin necesidad de ningún otro requisito adicional no siendo precisa declaración judicial previa ni previa impugnación del negocio. Pero, como señala VAZQUEZ DE CASTRO, «se ha de relativizar esta característica de la nulidad que es más especulativa que práctica»⁷⁸⁰ porque, si el contrato ostenta cierta apariencia de validez, es doctrina reiterada del TS que la declaración de la nulidad de los actos y contratos sólo puede obtenerse mediante la declaración de la misma hecha en el juicio correspondiente, con citación de todas las personas a que pueda afectar la declaración⁷⁸¹.

B) Apreciación de oficio por el Juez

Característica tradicional de la nulidad radical, en la concepción bipartita, es la posibilidad de que el juez aprecie de oficio la misma. No obstante, esta característica ha sido criticada por la doctrina. Así, como ya dijimos, señalaba DELGADO ECHEVERRIA, con razón, que dicha apreciabilidad de oficio debe aplicarse por los Tribunales solo en ciertos casos excepcionales porque sólo se justifica «cuando causas muy señaladas muevan a ello, para evitar que los Tribunales se vean forzados a colaborar en los turbios negocios que las partes presenten tratando de ocultar sus aspectos más reprobables y aun delictivos»⁷⁸². Y es que, como destacaría GORDILLO, la apreciabilidad de oficio de la nulidad tiene completo sentido en los actos contra legem (nulidad propia) porque sería absurdo que el Juez ordene el cumplimiento de un acto ilegal, pero no en los casos de inexistencia racional por no concurrencia de los

QUIERDO TOLSADA considera sugestiva dicha teoría (en «Tipología...», ob. cit. p. 612).

778DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 67 y 119.

779Ídem

780VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 351.

781Ibíd. pp. 350-351.

782DELGADO ECHEVERRIA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 170. Se adhieren a dicho carácter excepcional de la apreciabilidad de oficio de la nulidad, entre otros, VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 374, 376, 377 y 424 y ORDUÑA MORENO, FJ. en Nota preliminar a la obra de VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 27-28.

elementos del art. 1261 CC⁷⁸³.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, nuestro TS ha seguido la tesis doctrinal que acabamos de exponer y así señala MARCOS GONZALEZ que la doctrina actual del TS discrepa de la tesis bipartita de que toda nulidad contractual es declarable de oficio porque dicha afirmación es tanto como «tomar la parte por el todo» ya que, según dicho Tribunal, sólo una parte de los contratos nulos pueden ser apreciados de oficio. Así, entiende el TS que esta facultad judicial es de carácter excepcional y restrictivo y la reduce a los supuestos en los que las partes infringen una norma imperativa que protege el orden o interés público; o bien a los supuestos en los que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter de acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público⁷⁸⁴.

C) Legitimación activa.

Como vimos la concepción clásica de la nulidad de pleno derecho sostenía que cualquier interesado podía instar la declaración de nulidad incluso aunque quien demande la nulidad fuera la parte del contrato que provocó la misma. Sin embargo, esa afirmación está sujeta a fuerte revisión y así modernamente la jurisprudencia va a analizar el interés de las partes no solo en cuanto a su existencia sino en cuanto a su carácter de legítimo⁷⁸⁵. Y, así, considera VAZQUEZ DE CASTRO que debe denegarse la acción promovida por quien actuó de forma reprobable y sin buena fe siendo promotor de la ilicitud del contrato no solo cuando existan terceros de buena fe, sino también cuando el otro contratante actuó siempre de buena fe⁷⁸⁶. En todo caso, como veremos a lo largo de este trabajo las nuevas perspectivas de la ineficacia contractual han introducido dos limitaciones al carácter absoluto de la nulidad: limitando la legitimación activa para alegar la ilegalidad y, por otro lado, denegando la acción de nulidad a la parte cuyo interés no es legítimo.

Pero a veces el camino que ha seguido la jurisprudencia no ha sido excepcionar para el caso concreto uno de los caracteres de la nulidad radical (el carácter absoluto de la legitimación) sino el inverso. Es decir, como quería negar legitimación a un contratante (y según la tesis bipartita si calificaba el contrato de radicalmente nulo no podía) lo que hizo fue calificar, en un caso que *a priori* parecía claro de nulidad radical, como de anulabilidad. Así podía negar, sin hacer chirriar la tesis bipartita, la legitimación a un contratante. Es el caso de la STS de 29/1/1983 que consideró que la que pareciera inequívoca expresión «serán nulas» del ya derogado art. 20 LSRL en realidad contenía

783 GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 967-968

784 MARCOS GONZALEZ, M.: *La apreciación...*, ob. cit. pp. 167 -186. Por otro lado, en algunos ámbitos del Derecho Civil se ha discutido la admisibilidad de dicha declaración de oficio de la nulidad dado el tenor literal de ciertas normas especiales. Así, según LLODRÁ GRIMALT no procede la declaración del juez de oficio en la aplicación del art. 9 LCGC (LLODRÁ GRIMALT, F.: *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002 pp. 350-351), pero, en contra, entienden SÁNCHEZ LÓPEZ y Díez-PICAZO GIMÉNEZ que «poca duda cabe» de que el juez puede apreciar de oficio la nulidad de una condición general (SÁNCHEZ LÓPEZ B. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «Artículo 9. Régimen aplicable» en *Comentarios...*, ob. cit. p. 515). En posición intermedia considera MIQUEL que la nulidad de pleno derecho puede ser apreciada de oficio solamente en beneficio del adherente (MIQUEL, J.M^a.: «Artículo 8. Nulidad» en *Comentarios...*, ob. cit. p. 482). Vide más ampliamente MARCOS GONZALEZ, M.: *La apreciación...*, ob. cit. pp. 195-233.

785 Véase STS 21-11-1997 (TOL215.783) comentada por VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...* ob. cit. p. 387. Señala este autor que dicha sentencia en realidad deniega la legitimación activa a los accionistas de una SA porque no considera legítimo el interés que les mueve.

786 *Ibid.* p. 372 y 373. En el mismo sentido, parece inclinarse en los casos de error de derecho ORDUÑA MORENO, FJ en Nota preliminar a la obra de VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, p. 28.

un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho⁷⁸⁷ aludiendo, entre otros argumentos poco convincentes a la, en palabras de dicha resolución, conocida falta de rigor técnico de nuestro código en materia de nulidades y a que la expresión «*serán nulas*» es un «*modo de expresarse los preceptos legales, que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independientemente del contenido interno, comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa)*». En realidad, el TS al calificar el acto como anulable conseguía restringir el plazo al previsto en 1301 CC y, sobre todo, denegar la legitimación activa de la recurrente («*causante directa del incumplimiento*» en palabras de la sentencia) que es probablemente lo que la sentencia perseguía con innegables criterios de justicia y lo que la concepción bipartita le hubiera impedido hacer si lo caracterizaba (como hubiera exigido una interpretación de la inequívoca expresión «*serán nulas*») como nulidad de pleno derecho⁷⁸⁸.

2.2.4.4 Las relaciones entre los distintos tipos de invalidez. -

Estrechamente vinculada con la teoría bipartita se encuentra la cuestión de qué relación han de guardar entre sí las dos formas de invalidez que dicha tesis dualista reconoce. Se han vertido diversas teorías:

A) La nulidad es la regla general y la anulabilidad la excepción.

Dicho carácter excepcional de la anulabilidad fue defendido por el innegable magisterio de DE CASTRO que señalaba que la enumeración realizada en el art. 1.301 CC de los vicios o defectos a los que se aplica la anulabilidad puede considerarse, en atención a los antecedentes del artículo y el carácter restringido que le impone el alcance general propio de la sanción de nulidad absoluta del actual art.6.3 CC (ant. art.4), exhaustiva salvo que alguna ley especial utilice expresamente el sistema para otros supuestos⁷⁸⁹. También lo califican de excepcional DELGADO ECHEVERRIA, al menos -como veremos- en una primera etapa, y AMOROS GUARDIOLA⁷⁹⁰.

En la doctrina italiana igualmente señalará CARIOTA FERRERA que «*donde no esté sancionado con precisión el tipo de invalidez hay que inclinarse por la nulidad que es la especie normal de invalidez*»⁷⁹¹ adhiriéndose a la tesis que entiende que los casos de anulabilidad son únicamente los expresamente indicados en la ley porque la anulabilidad es una figura excepcional respecto de la nulidad.

787STS de 29-1-1983 (RJ 398, Pte: BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.). Sentencia comentada por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 936 y 982-983. Señalaba GORDILLO CAÑAS en defensa de esta sentencia que no es lo mismo la imperatividad gramatical y la imperatividad jurídica (ibid. pp. 937 y 969). En el mismo sentido, y haciendo referencia a dicha sentencia, señalará BLASCO GASCO que la imperatividad gramatical no conduce necesariamente a la nulidad de pleno derecho (BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 92) pues cabe considerar anulable (dado que la anulabilidad no deja de ser una nulidad, arg. literal art. 1300 y ss. del CC) un acto del que la ley predica que "será nulo". En definitiva, señala BLASCO, la nulidad textual no supone indefectiblemente la nulidad de pleno derecho «*que sólo se declara cuando es inequívoca, sea textual o virtual, y deriva de una norma jurídicamente (no gramaticalmente) prohibitiva*» (ibid. p. 93).

788El supuesto de hecho de la STS de 29-1-1983 nos lo recuerda GORDILLO : vendidas unas participaciones de una SL omitiendo el requisito legal de notificación de la venta a los administradores el comprador exigió el otorgamiento de escritura de venta y la entrega de las mismas a lo que se opuso la vendedora alegando que según el art. 20.4 de la derogada LSRL «*Serán nulas las transmisiones a persona extraña a la Sociedad que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o, en su defecto, a lo prevenido en este artículo*»-. Pues bien, el TS negó la nulidad de la operación (en GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 935 y 936).

789DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 500.

790AMOROS GUARDIOLA, M.: *Estudios Jurídicos*. T III. Ed: CORPME. Madrid 2009, p. 72.

791CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 274-275 y la doctrina citada en p. 275 n. 20.

B) La nulidad es la regla general de los actos contra ley del art. 6.3 CC y la anulabilidad es la regla general en materia contractual.

GORDILLO CAÑAS en su trabajo «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual»⁷⁹², afirmará que, si bien la nulidad es la sanción general de los actos (y contratos) contra ley⁷⁹³ no obstante y, resaltamos, en el terreno contractual «de las dos formas de ineficacia...la anulabilidad aparece como la regla; la nulidad como la excepción»⁷⁹⁴ y ello porque bajo la rúbrica «de la nulidad de los contratos», el Código disciplina propiamente el régimen de la anulabilidad. La anulabilidad es «la ineficacia dentro de lo disponible» y la nulidad «la ineficacia en el terreno de lo indisponible»⁷⁹⁵. Años más tarde este autor matiza ligeramente su opinión y ya no hablará de jerarquía a través de la relación regla-excepción en las relaciones entre ambas formas de invalidez («no parece operativo, dice, establecer esquema de regla general y excepción»⁷⁹⁶) si bien, en lo sustancial, reiterará las ideas expuestas. Y así en 1990 en su trabajo «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)» señalará que la nulidad y anulabilidad tienen legalmente asignado campo de juego propio y diferente por lo que «no estando llamadas la nulidad y la anulabilidad a actuar en un mismo ámbito, mal puede entenderse la posibilidad de confluencia de ambas, hasta justificar su jerarquización a través de la relación regla-excepción»⁷⁹⁷. Y, a continuación, separará, como ya hizo en 1983, nítidamente ambos ámbitos o campos de juego indicando que en el ámbito de los actos *contra legem* del art. 6.3 CC la nulidad de pleno derecho «es la forma general de sanción del acto contra legem; su régimen normal de ineficacia»⁷⁹⁸ mientras que, en el ámbito contractual, y más específicamente de la ineficacia contractual, «la anulabilidad constituye la regla o forma normal de ineficacia del contrato»⁷⁹⁹. Para defender dicha tesis señala, entre otros argumentos, que la anulabilidad es la forma de ineficacia prevista expresamente en los arts. 1300 y ss. (siendo aplicable analógicamente a supuestos diferentes donde esté en juego el interés privado) frente a la nulidad de pleno derecho que se regula con carácter general en el capítulo III del título preliminar («eficacia general de las normas jurídicas») ⁸⁰⁰, pero que, en sede contractual, solo aparece en el art.1255 – y sin elevarse a forma general de ineficacia contractual- y de soslayo en los arts. 1305-1306⁸⁰¹. En definitiva, como señala este autor, con cita de MUCIUS SCAEVOLA, «nuestro Código regulando “la nulidad de los contratos” prácticamente de lo que se ocupó fue de la anulabilidad» y ello revela una realidad indiscutible cual es que «la ineficacia ordinaria o normal del contrato...es la ineficacia relativa y disponible que hoy llamamos anulabilidad»⁸⁰². De ello deduce el primado de la anulabilidad en sede contractual por ser el régimen de ineficacia más adaptado a la protección del interés privado en el mundo del contrato que es básicamente el terreno de lo disponible⁸⁰³.

792GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. pp. 214-260.

793GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia...», ob. cit. p. 242 n. 78.

794Ibid. p. 242; en el mismo sentido, ob. cit. p. 237.

795Ibid. p. 242.

796GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 979.

797Ídem.

798GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 979; «Violencia...», ob. cit. p. 242.

799GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 980.

800Ibid. p. 978.

801Ibid. p. 979.

802Ibid. p. 978.

803Ibid. p. 980. Parece adherirse a la tesis de GORDILLO CAÑAS tanto ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M^a. M.: *La rescisión...*, ob. cit. p.121 como EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a. A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. p. 94 quienes tildan dicha teoría de «*superente*».

En parecido sentido, recientemente, CARRASCO PERERA ha resaltado (desde una concepción, igualmente, funcional de las nulidades que distingue entre nulidad absoluta y relativa según el interés general o privado que la regla violada salvaguarda) la «fuerza expansiva» de la anulabilidad, régimen de ineficacia negocial que «*ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurre identidad de razón*»⁸⁰⁴.

C) La nulidad es la regla general y la anulabilidad el régimen especial (no excepcional).

JORDANO FRAGA considera que la nulidad es el tipo general de ineficacia con que nuestro ordenamiento sanciona los actos y contratos que lo contravienen⁸⁰⁵. Por ello, critica expresamente la teoría de GORDILLO CAÑAS que como vimos distinguía dos ámbitos: el de los actos y contratos contra ley del art. 6.3 CC (en los que la nulidad es la sanción general) y el ámbito puramente contractual donde la anulabilidad es la regla y la nulidad la excepción⁸⁰⁶. Además, considera JORDANO FRAGA que la anulabilidad es un régimen especial de ineficacia pero no un régimen excepcional no sólo porque desde una visual cuantitativa el legislador no ha diseñado de un modo restringido su ámbito de aplicación en materia contractual, sino también porque no hay razones, dice, para no extenderlo analógicamente a otros supuestos cuando exista identidad de razón llegando a afirmar que la anulabilidad «*como régimen de ineficacia no es más que un régimen peculiar de nulidad con determinadas especialidades en cuanto a legitimación, plazo y confirmación*»⁸⁰⁷. Por tanto, en resumen, para JORDANO FRAGA el régimen general de ineficacia es la nulidad, pero junto a él existe la anulabilidad como un régimen especial, no excepcional; como un régimen de nulidad sometido a ciertas particularidades⁸⁰⁸.

D) No existe relación de jerarquía entre ambos tipos de invalidez. -

Los partidarios de esta teoría señalarán que el art. 6.3 CC no sirve para para resolver el dilema sobre si la nulidad constituye la regla, y la anulabilidad la excepción o viceversa de modo que no debe establecerse la preeminencia en favor de una u otra forma de invalidez⁸⁰⁹. Tesis de no preeminencia de ninguna de las formas de invalidez aceptada por numerosos autores extranjeros⁸¹⁰.

E) Teorías intermedias

DELGADO ECHEVERRRIA atraviesa dos etapas: en una primera sostiene la excepcionalidad de la anulabilidad, aunque mitiga dicho matiz excepcional, haciendo posible extender su régimen a supuestos no expresamente incluidos en los arts. 1.300 y

804 CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. p. 98.

805 JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. pp. 19 y 334.

806 *Ibid.* p. 19; insiste en su crítica a la tesis de GORDILLO CAÑAS en pp. 336 y ss.

807 *Ibid.* p. 20; en el mismo sentido p. 334.

808 *Ibid.* pp. 134 y 334.

809 CARRASCO PERERA, A.: «Comentarios al art.6.3...», ob. cit. pp. 829-830; CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 31.

810 LUTZESCO, JAPIOT, PLANIOL etc. cit. por GORDILLO CAÑAS en «Nulidad...», ob. cit. p. 978.

En concreto, señalará LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 240 que: que «*es erróneo sostener que el legislador haya establecido una preeminencia en favor de una o de otra, y más particularmente en favor de la nulidad absoluta. Esta tesis ha sido sostenida por Aubry y Rau, pero ha quedado aislada. No puede decirse que una sea la regla y otra la excepción, porque en un caso como en otro, se trata del control de la ley, sin que pueda afirmarse que concede mayor preferencia a unos que a otros*».

ss.⁸¹¹. Pero en una segunda etapa evoluciona a una actitud más crítica llegando a afirmar que las argumentaciones de GORDILLO y CARRASCO PERERA «*me hacen dudar de que la nulidad de pleno derecho sea realmente el régimen general de invalidez en nuestro Derecho. Si lo es en el ámbito del art. 6.3º, pero es dudoso cuál sea éste*»⁸¹².

F) Toma de postura.

A mi modo de ver la discusión sobre si la nulidad radical es la regla general y la anulabilidad es la excepción o viceversa es un debate derivado de una concepción bipartita de la invalidez que en este trabajo tanto se ha criticado. Porque dicho debate lo que intenta, en el fondo, es determinar cuál de los dos regímenes debe aplicarse a un supuesto concreto en caso de duda, laguna, ambigüedad u oscuridad legal (¿cómo si sólo se pudiera optar entre dos!) y, por otro lado, y en congruencia con lo anterior, trata de determinar si cabe la aplicación analógica de uno de ellos (en el caso de que afirmáramos que uno de dichos regímenes de invalidez es una excepción o régimen excepcional no cabría dicha aplicación analógica, cfr. art.4.2 CC).

2.2.4.5 Flexibilización de la teoría bipartita de la invalidez

A la vista de la crítica a la que se ha sometido a la concepción dual de la invalidez es preciso señalar los remedios flexibilizadores propuestos por la Ley y la jurisprudencia. Así, frente al sistema axiomático deductivo de la nulidad que subyace bajo la tesis bipartita que, como dijimos, no admite grises entre la nulidad absoluta y la anulabilidad, las nuevas técnicas flexibilizadoras requeridas por las necesidades del tráfico jurídico moderno permiten «*graduar*» toda una escala de grises entre ambos extremos⁸¹³. Pero el primer problema que se plantea es ¿quién es el poder del Estado legitimado para realizar dicha graduación: el poder legislativo o, también, el poder judicial?

Por tanto, la primera y crucial cuestión es ¿quién puede graduar la invalidez? O dicho de otro modo ¿los regímenes atípicos de invalidez deben siempre estar previstos expresamente en la Ley o pueden inducirse por el intérprete de la finalidad y espíritu de la Ley? ¿Puede acogerse una solución de ineficacia alternativa a la nulidad radical sin una expresa determinación legal que lo contemple? ¿Puede el intérprete de la Ley, a raíz del espíritu y finalidad de esta y ante el silencio de la letra de la Ley, inducir la existencia de un régimen atípico de invalidez?

Y a dichas preguntas responde PASQUAU LIAÑO que no existe razón alguna para impedir que el régimen jurídico diversificable de la ineficacia sea organizado por el intérprete de la Ley a raíz de su espíritu y finalidad⁸¹⁴. En el mismo sentido señala VAZQUEZ DE CASTRO que el juez no está obligado, al interpretar las normas, a optar por una de las formas típicas de ineficacia⁸¹⁵ por lo que la jurisprudencia podrá configurar y aplicar deductivamente las opciones alternativas a la nulidad radical que

811DELGADO ECHEVERRIA, J.: *Elementos...II*- Vol. 2º. ob. cit. p. 359.

812DELGADO ECHEVERRIA, J.: «Comentario al artículo 1300 del CC» en *Comentarios Edersa T. XVII, Vol. 2º* [2ª ed.].

813VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 408.

814PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 210. En contra, parece inclinarse EGUSQUIZA BALMACEDA quien considera que el criterio que propone PASQUAU de restringir la legitimación cuando la norma tenga una finalidad protectora de una de las partes (nulidad relativa de pleno derecho) no puede extenderse «*de forma automática y sin que esas nulidades mixtas se encuentren normativamente delimitadas, pues no dejan de ser fenómenos que escapan a los regímenes típicos*» (EGUSQUIZA BALMACEDA, M.A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. pp. 72- 73).

815VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 420.

veremos y así disciplinar y configurar las nuevas figuras de ineficacia contractual⁸¹⁶. Y esto es así, entre otras razones porque, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal y administrativo sancionador, en el ámbito del Derecho privado no está vigente el principio de tipicidad ya que, como indica CAPILLA RONCERO, «*las sanciones habituales en él no son penas en sentido estricto*»⁸¹⁷.

Por tanto, distinguiremos entre nulidades atípicas de creación legal y nulidades atípicas de creación jurisprudencial.

2.2.4.5.1 Nulidades atípicas de creación legal. -

Es indudable que el legislador puede crear regímenes de invalidez que no reúnan todos los requisitos que tradicionalmente se atribuyen a la nulidad o anulabilidad⁸¹⁸ y, como decía DIEZ PICAZO, «*es un grave error pensar lo contrario*»⁸¹⁹. En estos regímenes estructurales atípicos de invalidez las desviaciones fundamentales son las relativas a la restricción a la legitimación activa para interponer la nulidad, pero es posible un régimen atípico de invalidez que reúna diversas características extrañas al régimen típico de la nulidad total de pleno derecho. Veamos las más comunes:

A) Nulidades relativas por delimitación positiva (restricciones en la legitimación activa para interponer la nulidad)⁸²⁰

Diversas leyes especiales, atendiendo a las exigencias de la realidad y huyendo de vicios conceptualistas, han venido a regular una nulidad relativa atípica distinta tanto de la nulidad clásica como de la anulabilidad. En efecto, como señala LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, algunas Leyes modernas configuran una nulidad atípica «*un tanto "extraña" pues tiene características que le acercan a la nulidad radical y absoluta y otras que se asemejan a la anulabilidad*»⁸²¹. Y dentro de dicha nulidad relativa típica incluye, aparte del supuesto que luego veremos del art. 1259 CC, el supuesto del art.6 LAU que establece una nulidad radical pero cuya legitimación activa solo corresponde al arrendatario; el supuesto del art. 9 de LCGC donde la nulidad solo puede instarla el adherente no el predisponente; y el supuesto del art. 10 de la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres⁸²², donde la nulidad del negocio cuya acción es

816Ibíd. pp. 423-424 y 434.

817CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho civil...*, [2ª ed], ob. cit. p. 218.

818DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 34.

819DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...* Vol. 1. [5ª ed.] ob. cit. p. 458.

820PASQUAU LIAÑO las denomina nulidades relativas por delimitación positiva (*Nulidad...*, ob. cit. p. 245). En contra, VAZQUEZ de CASTRO considera preferible hablar de restricciones en la legitimación activa y no de nulidad relativa porque la expresión "*nulidad relativa*" se usa habitualmente para referirnos a la anulabilidad que es una figura completamente distinta de esta nulidad con legitimación restringida (VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 455 y ss., 456 y 477) y porque la nulidad recogida en las leyes especiales a las que aludiremos en este apartado es una variación de la nulidad absoluta solo en cuanto a la legitimación (ibíd. pp. 477-478).

821LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 44.

822El art. 10 de la Ley 3/2007 considera «*nulos y sin efectos*» los actos y cláusulas del negocio que sean discriminatorios por razón de sexo. Este precepto ha sido criticado no solo porque es una norma técnicamente deficiente desde una visual sistemática al divergir la rúbrica del precepto y el contenido del mismo (GARCIA RUBIO, Mª P.: «Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres» en *Derecho privado y Constitución* nº 21, 2007, pp. 135 y 137) sino también porque la nulidad de pleno derecho que predica plantea numerosos problemas. Primero, porque como ya señalara el dictamen del Consejo de Estado y apoya GARCIA RUBIO (ibíd. p. 151) la nulidad de pleno derecho a secas y en todos los casos no siempre es la solución más ventajosa para la persona discriminada (ibíd. p. 159) ni la que mejor garantiza los derechos de la víctima de la discriminación (ibíd. p. 152; en el mismo sentido, BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 38) y hubiera sido más efectivo para evitar la discriminación por razón de sexo en

imprescriptible parece que no podrá solicitarse por el discriminante⁸²³.

El fundamento de estas restricciones a la legitimación activa de la nulidad absoluta, lo cual para el régimen bipartito sería una *contradictio in terminis*, radica en que aquellas normas jurídicas especiales tienen como finalidad la protección de un determinado colectivo de contratantes (normas de orden público económico de protección) por lo que, lógicamente, se tenderá a reservar exclusivamente a los miembros de dicho colectivo protegido la posibilidad de impugnación del contrato. Se trata de una ineficacia con legitimación restringida (desde la óptica de límite a la legitimación general de todo interesado) o de nulidad con legitimación reservada (desde el punto de vista de facultad en manos de una sola de las partes contratantes)⁸²⁴. Así pues, se puede graduar la legitimación para invocar la nulidad en virtud de la finalidad que pretenda perseguir la norma⁸²⁵. Dicha nulidad con legitimación restrictiva no por dicha limitación de la legitimación se convierte en anulabilidad entre otras razones porque puede ser apreciada excepcionalmente de oficio⁸²⁶, pero, sobre todo, porque no es un acto válido anulable sino simplemente un acto nulo sin legitimación absoluta. En resumen, esta variación de la nulidad clásica limita o restringe la legitimación activa a una sola de las partes; limitación de la legitimación que puede articularse de forma expresa por la Ley o deducirse por los tribunales de la *ratio legis* de la norma infringida⁸²⁷.

B) Nulidades atípicas por desviarse del régimen típico en materias distintas a la legitimación.

Dentro de este apartado podríamos incluir la nulidad del art. 1259 CC (el contrato no es nulo porque es ratificable y no es anulable porque se considera que la acción para pedir la nulidad no prescribe) pudiendo añadirse, con VAZQUEZ DE CASTRO la nulidad *sui generis* prevista en la Ley Azcárate de 1908 que se desvía, en numerosos puntos, de los efectos típicos de la nulidad radical⁸²⁸ si bien no falta doctrina que considera que dicha

el ámbito contractual «permitir que la parte discriminada pueda instar una modificación del contrato, de suerte que se permita exigir la misma contraprestación que le correspondería en ausencia de discriminación» (GARCIA RUBIO, M^a P.: «Discriminación...», ob. cit. p.159) . Y, segundo, porque como señala GARCIA RUBIO al ser una nulidad de pleno derecho en principio podría ser instada por cualquier interesado (incluso por el sujeto discriminante) y daría lugar, salvo que fuera posible una nulidad parcial, a la recíproca restitución de todas las prestaciones (ibid. pp. 158-159) lo cual podría perjudicar a la parte (discriminada) que es precisamente a la que se trata de favorecer.

823 LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 45-48. En contra, como vimos en la nota precedente y precisamente como crítica a la inclusión de la nulidad de pleno derecho en el ámbito de la lucha contra la discriminación, señala GARCIA RUBIO que al ser una nulidad de pleno derecho podría ser instada también por el sujeto discriminante (en «Discriminación...», ob. cit. pp. 158-159).

824 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Illicitud...*, ob. cit. p. 456.

825 *Ibid.* p. 457.

826 *Ibid.* pp. 460-461.

827 *Ibid.* p. 462.

828 *Ibid.* pp. 115-116. La Ley Azcárate contendría las siguientes excepciones al régimen típico de la nulidad clásica: **Primero**, porque según nuestro TS «la declaración de nulidad no extingue la obligación de devolver lo percibido, pero sin pago de intereses ni legítimos ni usurarios» con lo que señala VAZQUEZ DE CASTRO parece que subsiste el contrato de préstamo (ibid. p. 116) aunque pudiera pensarse que la nulidad radical del préstamo hace desaparecer la obligación accesoria del interés y surge la obligación de restituir derivada de la declaración de nulidad y no del contrato de préstamo (ibid. p. 120). El prestatario, por tanto, debe devolver inmediatamente el importe recibido, y lo que se anula es el interés como sanción al usurero (nulidad parcial simple y no sustitutiva que hubiera tenido lugar si se permitiera disminuir la cantidad a restituir, ob. cit. p. 118). **Segundo**, porque el contrato de fianza accesoria a dicho préstamo subsiste con lo que la nulidad no hace desaparecer todos los efectos del contrato (ibid. p. 117). **Tercero**, porque algunas sentencias del TS consideran que la contravención de la Ley de Usura tendrá un plazo de prescripción de 15 años (ibid. p. 121). **Y cuarto** porque, como veremos, buena parte de la doctrina y jurisprudencia han entendido que la legitimación solo corresponde al prestatario y no al prestamista usurero y no es apreciable de oficio.

invalidez por usura no es un supuesto de nulidad de pleno derecho sino que es un supuesto de anulabilidad por vicio de consentimiento⁸²⁹.

C) Nulidades especiales en el orden penal.

Si bien su examen excede de los límites de este trabajo también existiría una nulidad atípica en el orden penal Y así cabría hablar de una nulidad especial cuando el orden penal declara la nulidad de un contrato porque esa nulidad no conlleva el efecto típico de la restitución del art. 1303 CC sino el decomiso del 127 CP⁸³⁰.

2.2.4.5.2 Nulidades parciales

El Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos⁸³¹ no contiene una norma que con carácter general regule la nulidad parcial aunque sí hay aplicaciones concretas que la recogen (entre otros, los arts. 641, 737, 767, 786, 793, 794, 814, 865, 1155, 1260, 1476, 1691 y 1884.2 del CC). Dicha nulidad parcial puede definirse con CRISCUOLI como «*la máxima sanción civil con que el ordenamiento jurídico castiga una parte de un supuesto negocial que resulta contraria a los límites impuestos a la autonomía privada, negándole reconocimiento y la tutela jurídica*»⁸³². Dicha figura, de innegable utilidad práctica⁸³³ ha sido admitida por la legislación especial⁸³⁴ por la doctrina y por la

829MARTINEZ DIAZ, F.J.: *La nulidad por usura. Análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal*. Eolas ediciones. León, 2020, p. 356-360. En dicha obra MARTINEZ DIAZ analiza la doctrina que ha sostenido la nulidad radical o inexistencia del contrato usurario (ibíd. pp. 292-311); la doctrina que ha sostenido que la invalidez por usura deriva de un vicio del consentimiento (ibíd. pp. 311-326); la doctrina ecléctica que tomaban elementos de la teoría de la nulidad y de la teoría de la anulabilidad (ibíd. pp. 326-334) y, por fin, la tesis de la nulidad parcial (ibíd. pp. 334-341).

830Ibíd. pp. 252 y 253.

831Así, **en derecho alemán**, el parágrafo 139 BGB parte del **principio de nulidad total y admite como excepción la parcial**: «*Si una parte del negocio jurídico es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula*». Un criterio contrario (porque parte del principio de nulidad parcial salvo que el contrato no se hubiera celebrado sin ellas) se sigue en el art. 20.2 del Código de las Obligaciones suizo: «*Si el contrato sólo está viciado en algunas de sus cláusulas, sólo estas cláusulas son nulas, a menos que quepa admitir que el contrato no se habría celebrado sin ellas*». En el **derecho italiano** también se prevé expresamente la nulidad parcial en el art. 1419 del Codice italiano: «*La nulidad parcial de un contrato o la nulidad de algunas cláusulas en particular comporta la nulidad de todo el contrato (solo) si resulta que los contratantes no lo habrían concluido sin la parte de su contenido afectada por la nulidad*», de donde resulta, dice BETTI, que **en derecho italiano la nulidad parcial es la regla y la total la excepción** (vide BETTI, E.: *Teoría General...*, [ed. 2018] cit. p. 349).

832CRISCUOLI, G. *La nullità parziale del negozio giuridico* p. 130. Milán 1959 cit. por CASANUEVA SÁNCHEZ, I. C.: *Análisis...*, ob. cit. p. 188.

833Utilidad práctica destacada por ROYO MARTINEZ quien señalará, aunque denominando, como añade GORDILLO, de modo atécnico a la nulidad parcial como revisabilidad, que: «*El ordenamiento jurídico (en su inspiración individualista-liberal) es censor de manga ancha que pocas veces interviene, pero cuando lo hace, sus atribuciones se limitan a manejar el lápiz rojo. Tacha, pero no enmienda; borra, pero sólo deja claros y no se preocupa de reconstruir la idea. Las consecuencias son deplorables, porque la anulación del contrato es, en muchos casos, la más perjudicial de las soluciones... Síguese de aquí la idea (en la inspiración social del Derecho) de la sustitución parcial de la voluntad privada por la voluntad estatal. El ordenamiento jurídico... no es ya censor, sino corrector de pruebas; tacha para corregir, borra para enmendar; no cifra su misión en el signo negativo de la destrucción, sino en el positivo de la cooperación... En cuanto a su eficacia social, la revisión del contrato libra a la parte más débil, social o económicamente considerada, del ya indicado temor de verse privada como consecuencia de la anulación, de aquello que inexorablemente necesita (trabajo, vivienda, tierra, víveres) y, en este sentido, es condición «sine qua non» de toda legislación eficazmente niveladora y tuitiva*» (ROYO MARTINEZ, M.: «Transformaciones del concepto del contrato en el Derecho Moderno», *RGLJ*, 1945, núm. 2, pp. 159-161 cit. por GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial, cit. p. 183).

834Entre otros contienen supuestos de nulidad parcial las siguientes disposiciones: art. 83 TRLGDCU [RD-L 1/2007]; arts. 8, 9 y 10 de la LCGC [L. 7/98]; art. 21.2 y 3 y 26,1 de la LCC [L. 16/2011];

jurisprudencia⁸³⁵.

La doctrina ha discutido, si bien desde una visual puramente conceptual carente de repercusiones prácticas, si la nulidad parcial es una modalidad de la nulidad total que se limita solo a una parte del negocio o es una forma de invalidez negocial con esencia forma y naturaleza propia⁸³⁶. En todo caso, la nulidad parcial, en ocasiones, se ha utilizado como medio de flexibilizar el régimen típico de nulidad radical modulando y graduando el alcance de sus efectos que ya no se extenderán a todo sino a parte del contrato pues, en ocasiones, las circunstancias aconsejan anular o amputar solo aquella parte que va en contra de la Ley, subsistiendo el vínculo contractual en el resto. Pero cabe que el contrato subsista bien eliminando sin más la parte ilegal dejando el resto del contrato tal y como quede sin la parte anulada (nulidad parcial simple o eliminatoria) o bien, si la cláusula es accidental o siendo esencial la ley prevé su sustitución, se procederá a sustituirla⁸³⁷, mediante una integración coactiva, por la que legalmente debería haberse adoptado (nulidad parcial sustitutiva)⁸³⁸. Nulidad parcial sustitutiva que tiene especial aplicación cuando las normas de orden público económico, tanto de dirección como de protección, ordena que ciertos extremos esenciales de determinados contratos queden obligatoriamente fijados de una determinada manera, no dejando a las partes alterar el contenido del contrato sobre este particular y que recientemente, sobre todo en el ámbito consumerista, ha sido sometida, como veremos, a fuerte crítica.

art.16.2 de la LCATBUT [L. 4/2012]; art. 3 de la LCS [L. 50/1980].

835 **En la doctrina** existen diversos estudios sobre la nulidad parcial. Entre otros, destacan: GOMEZ MARTINHO FAERNA, A.: «La nulidad parcial de los negocios jurídicos» en *Estudios de Derecho Privado*. Vol. 1. Ed. RDP. Madrid 1962 pp. 338 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal» en *ADC 1975-1* (pp. 101-204); ALBALADEJO, M.: «Ineficacia e invalidez...» ob. cit. pp. 43-45; CASANUEVA SÁNCHEZ, I. C.: *Análisis...*, ob. cit.; del mismo autor, *Las categorías de invalidez...*, ob. cit. p. 42; DE LOS MOZOS, J.L.: «Nulidad...» ob. cit. p. 622; DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...» ob. cit. pp. 827-829; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.R.: *La nulidad parcial del contrato*. Ed: La Ley. Madrid. 1995; GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial*. (Tesis doctoral). Madrid. 2014; LOPEZ FRIAS, A. M.^a: «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español» en *ADC 1990-3*, pp. 851-866; MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit.; RUIZ MUÑOZ, M.: *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Ed Lex Nova. Valladolid. 1993; SOTO NIETO, F.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 676-678. **En la jurisprudencia** puede verse, entre otras muchas, STS 09/05/2013 (TOL3.671.048) y las sentencias allí citadas; STS 17/06/2010 (TOL1.920.055); STS 25/09/2006 (TOL1.014.469) y las sentencias allí citadas; STS 22/12/2008 (TOL1.438.951) y la STS 28/11/2018 (TOL6.956.131).

836 La aceptación de una u otra teoría afecta sólo «al origen y encuadramiento formal de la nulidad parcial dentro del esquema de la teoría general de la invalidez y no tiene repercusión sobre el desenvolvimiento normativo y jurisprudencial de la institución en la práctica» (CASANUEVA SÁNCHEZ, I. C.: *Análisis...*, ob. cit. p. 188 n. 48). Sobre esta polémica y el estado de la doctrina puede verse CASANUEVA SÁNCHEZ, I. C.: *Análisis...*, ob. cit. pp. 187 y 348.

837 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 440. Si la cláusula es esencial y la ley no prevé su sustitución por otra derivada de su *ratio legis* procederá la nulidad total» (op. et loc. cit.).

838 No toda la doctrina admite la nulidad parcial sustitutiva como especie de la nulidad parcial. Para ciertos autores solo es nulidad parcial la simple o eliminatoria (así, p. ej., MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit. pp. 155 y ss.) y en la doctrina italiana, dice VAZQUEZ DE CASTRO (últ. ob. cit. p. 443) se ha defendido por un sector que en tales casos nos encontramos ante un fenómeno de conversión o convalidación del negocio nulo, pero la doctrina mayoritaria considera que estamos ante una hipótesis particular del fenómeno de integración del contrato. Esta última concepción ha sido defendida en España por ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Ed. Civitas. Madrid. 1991 que sostiene que no existe diferencia práctica o dogmática entre la reducción conservadora de la validez y la nulidad parcial de una cláusula (ob. cit. p. 403) y que la reducción no es sino una técnica de aplicación de la interpretación integradora del contrato en los supuestos en los que la laguna contractual es consecuencia de la infracción contractual de normas imperativas de lo que deduce, entre otras consecuencias, que existen una pluralidad de categorías dogmáticas que pueden considerarse equivalentes y, por tanto, quedar encuadradas bajo el término «reducción» como son la nulidad parcial de cláusula, conversión de cláusula, etc. (ibíd. p. 423).

Por último, una modalidad de nulidad sustitutiva es la nulidad parcial reductiva recogida en distintas disposiciones de nuestra legislación⁸³⁹ y que tiene lugar cuando la norma establece unos límites mínimos o máximos que no pueden sobrepasarse en alguno de los extremos del contrato de modo que si se incumplen se reconducen las cifras ilegalmente pactadas a las mínimas o máximas fijadas por la ley⁸⁴⁰.

La nulidad parcial, en fin, es la forma más común de las nuevas modalidades de ineficacia derivadas de la ilegalidad⁸⁴¹ y procederá, en principio, cuando la parte nula del contrato no constituya por su contenido intrínseco o por la intención de los contratantes un elemento principal del contrato⁸⁴². Esto permite señalar el doble origen que puede tener la nulidad parcial: la voluntad hipotética de las partes o la ley⁸⁴³:

A) Nulidad parcial “ex voluntate”

Cuando la ley no impone la nulidad parcial el criterio para determinar si la nulidad de una cláusula del contrato arrastra la invalidez total del mismo dependerá de la interpretación que se realice de la voluntad de las partes. A favor de dicha nulidad parcial juega el principio de conservación de los actos jurídicos («*utile per inutile non vitiatur*»)⁸⁴⁴ y el principio «*favor negotii*», pero también el principio de economía

839Así, la DA Primera apdo. 5 de la LAU/1994 en materia de arrendamientos de VPO con renta extralimitada ha establecido de modo expreso la nulidad parcial del arrendamiento, rebajándose la renta extralimitada hasta el límite legal.

840PASQUAU LIAÑO se muestra favorable, con cita de doctrina extranjera, a la reducción como técnica de supresión de elementos de cláusulas que son nulas por excesivas (PASQUAU LIAÑO. M.: «Artículos 9 y 10...», ob. cit. pp. 305 y 308). Por su parte, ALFARO AGUILA REAL considera admisible supuestos de reducción conservadora de la validez -nulidad parcial reductiva- en el derecho contractual general pero estima, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, inadmisibles la reducción conservadora de la validez en el ámbito del Derecho de las condiciones generales de acuerdo con la concepción declarativa de las condiciones generales que dicho autor sostiene (ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones generales...*, ob. cit. pp. 406 y ss; pp. 423 y ss. y pp. 435 y 436).

841VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 559 donde llega a señalar este autor que «*en sus vertientes de nulidad parcial simple y reductiva o sustitutiva... ha desplazado totalmente a la nulidad total o de pleno derecho en los subsistemas de las legislaciones especiales*»

842No obstante, dicha afirmación no puede entenderse de manera absoluta porque, como matiza GORDILLO, en ocasiones, como sucede en el contrato con precio ilegal «*la nulidad parcial obedece al designio del legislador, de mantener vivo y eficaz el contrato, no obstante afectar la cláusula nula a parte esencial de su contenido*» (en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. p. 185).

843Aceptan esta distinción, entre otros, ALBALADEJO, M.: «La nulidad de la donación...», ob. cit. pp. 4-5; BLANDINO GARRIDO, M.A.: «La ineficacia...», ob. cit. p. 268; DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 215 y ss.; VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 437-439. Sin embargo, en contra de esta distinción, MARIN PADILLA considera que solo la nulidad *ex voluntate* es auténtica nulidad parcial siendo la nulidad *ex lege* o una presunción de la voluntad de las partes o aplicación de otra de las técnicas del «*utile per inutile non vitiatur*» que ella desarrolla (MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit. pp. 104, 117, 159 *et passim*)-

844MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit. defiende que el principio «*utile per inutile non vitiatur*», cuya finalidad es «*conservar con vida todo acto o negocio a pesar de que una parte ellos esté viciada, sea nula, porque lo útil no debe viciarse con lo inútil*» (p. 90) puede llevarse a cabo no solo mediante la nulidad parcial sino mediante cuatro técnicas diferenciadas: la técnica jurídica de la nulidad parcial (analizada en pp. 93-129), la técnica jurídica de ajuste o adaptación a la legalidad (ibíd. pp. 131-154); la técnica jurídica de sustitución de la parte nula del acto o negocio por lo establecido en la ley (ibíd. p. 155- 168) y, por último, la técnica jurídica de la no consideración (ibíd. pp. 169-188). **La técnica jurídica de la nulidad parcial**, se fundamenta en la autonomía de la voluntad (ibíd. p. 104) y para que se produzca necesita que se den cuatro presupuestos: la invalidez de parte de un todo (ibíd. pp. 105-111); que dicho «todo» sea divisible (ibíd. pp. 111-115); que el negocio residual tenga entidad propia y satisfaga suficiente y equilibradamente los intereses concretos de las partes (ibíd. pp. 115-117) y que las partes quieran que se produzca la nulidad parcial - porque esta depende de la autonomía de la voluntad- y dicha voluntad no vaya contra las exigencias derivadas de la buena fe (ibíd. pp. 117-124). **La técnica jurídica de ajuste o adaptación a la legalidad** se caracteriza por producir, por mandato le-

jurídica negocial y una presunción de la voluntad de las partes tratando de evitar que tengan que volver a negociar otro contrato⁸⁴⁵. Es decir, no se ha de atender a la voluntad real de las partes porque, como señala PASQUAU, «*las partes al contratar no quieren ni la nulidad parcial ni la total sino la validez total*»⁸⁴⁶ sino -en palabras de nuestro TS- se ha de atender a «*la voluntad presumible, conjetural o hipotética del autor o autores del negocio, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la naturaleza de aquél y de las exigencias de la buena fe*»⁸⁴⁷. El criterio determinante de la conservación del negocio o de propagación de la nulidad a todo el contrato será la autonomía de la voluntad: «*no más destrucción (nulidad) que la estrictamente necesaria, no más negocio (validez) que el querido*» (PASQUAU LIAÑO)⁸⁴⁸.

B) Nulidad parcial imperativa o coactiva ex lege

Dicha nulidad parcial coactiva *ex lege* se establece en numerosas disposiciones de nuestra legislación especial ya afirmando la concreta nulidad del pacto ya afirmando que «*se tendrán por no puestos*»⁸⁴⁹. En la nulidad parcial imperativa es irrelevante si las partes hubieran celebrado el contrato sin la parte nula y es irrelevante si la parte anulada es o no esencial al contrato porque la Ley integrará el contrato hasta hacerlo acorde «*al espíritu que trata de instaurar en todo el tráfico jurídico*»⁸⁵⁰.

2.2.4.5.3 Nulidades atípicas de creación jurisprudencial

Como hemos visto la limitación de la legitimación activa de la nulidad clásica puede articularse por la Ley o por los tribunales que deduzcan esta solución de la *ratio legis* de la norma infringida. Pero, junto a dicha técnica, existen otros modos jurisprudenciales de flexibilización de la tesis bipartita de las nulidades. Así, la jurisprudencia ha venido a flexibilizar, en la aplicación práctica de la Ley, diversos requisitos que la teoría bipartita exigía a la nulidad absoluta si bien, a diferencia de los supuestos de nulidades atípicas de creación legal que gozan de los caracteres de generalidad que acompaña a toda Ley, en los casos de nulidades atípicas de creación jurisprudencial las mismas se crean en

gal, el ajuste o adaptación a la legalidad vigente de los actos y negocios que contravienen los límites que impone la ley en cuanto a la cantidad (p. ej. arts. 654 y 656, pp. 137 y 138), tiempo (p. ej. art. 400, 515, ibíd. p. 139), grados y llamamientos hereditarios (arts. 781, 785 y 786 CC, ibíd. pp. 135-137) a la autonomía de la voluntad (ibíd. p. 151). Esta técnica, dice MARIN PADILLA, requiere para su aplicación que se den los siguientes presupuestos: que el acto o negocio contenga una disposición nula por contravenir los límites referidos impuestos por las leyes; que la infracción legal, en sí misma considerada, admita el más y el menos, sea divisible y pueda, por ello, ajustarse o adaptarse a la legalidad; que el acto o negocio jurídico sea válido y que el ajuste o adaptación a la legalidad se lleve a cabo por el juez, de oficio o previa acción de ajuste o adaptación a la legalidad (ibíd p. 151). **La técnica jurídica de sustitución de la parte nula del acto o negocio por lo establecido en la ley** se caracteriza por mantener «*válido automáticamente el acto o negocio jurídico en parte nulo, mediante la sustitución automática de esa parte nula por lo dispuesto en la Ley*» (ibíd. p. 159). Y, por último, **la técnica del desconocimiento**, que se da principalmente en materia testamentaria, se funda en la voluntad del testador (en el "*favor voluntatis*" ibíd. p. 184), se aplica *ipso iure* (ibíd. p. 186) y se caracteriza por conservar la validez del acto o negocio sin que le afecte la parte nula al tratar a esta última como si no existiera, como si no se hubiera puesto siendo común la expresión legal «*se tendrán por no puestas*» o «*por no escritas*» (expresiones utilizada p.ej. por los arts 45, 737, 767, 792, 793 y 1116-2 CC).

845VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 435.

846PASQUAU LIAÑO. M.: «Comentario...», ob. cit. pp. 293-296.

847STS 10/10/1977 (TOL4.247.466)

848PASQUAU LIAÑO. M. *Comentario...*, ob. cit. p. 293

849Así, prevén la nulidad parcial imperativa *ex lege* entre otros los arts. 6.3 y 14 LVPBM; art. 8- 10 LCGC; art. 83 TRLGDCU; art. 21.2 y 3 26,1 LCC; art.16.2 LCATBUT y art. 3 LCS.

850VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 439. Como señala GORDILLO CAÑAS: «*Aquí la voluntad privada es irrelevante, y se trata, ante todo, de dar la máxima imperatividad y eficacia a la disciplina legal*» (en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. p. 185).

atención al caso concreto. Veámoslas:

A) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la legitimación absoluta de la nulidad: la denegación de la acción de nulidad a quien no ostente un interés legítimo o restricciones a la legitimación pasiva o nulidades relativas por delimitación negativa⁸⁵¹.

En los casos ya analizados de legitimación activa restringida es la propia ley la que limita de forma clara, genérica y objetiva la legitimación activa que reserva a ciertas categorías de personas determinadas por la disposición vulnerada, persona a quien dicha norma trata de proteger. Por contra, en los casos que vamos a ver, el juez deniega excepcionalmente, y como último recurso, la acción de nulidad absoluta en base a consideraciones subjetivas (la buena o mala fe del interesado) y en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto⁸⁵². Por tanto, se trataría de personas que, aunque tengan en abstracto legitimación para actuar, se les deniega por el Juez por entender que no merecen, en el concreto caso enjuiciado, dicha posibilidad por haber provocado de propósito la causa de nulidad del contrato para luego aprovecharse de ella o por haber actuado de mala fe⁸⁵³.

Esta regla, aunque recogida por diversos Códigos hispanoamericanos⁸⁵⁴, ha sido cuestionada en nuestra patria si bien, desde un punto de vista práctico, no cabe duda de que se trata de un factor que tiene en cuenta la jurisprudencia, en la búsqueda de la justicia del caso concreto, aunque no lo haga explícitamente y a veces no lo reconozcan o lo usen como argumento a mayor abundamiento⁸⁵⁵. Pasamos a analizar las teorías que existen sobre esta técnica modalizadora del rigor del carácter absoluto de la legitimación que predicaba la nulidad clásica:

A1) Teorías contrarias mayoritarias

En contra de esta figura se ha aducido que no debe prohibirse al causante de la nulidad o contratante de mala fe la simple acción declarativa de la nulidad porque puede ser valorada, a veces, como arrepentimiento de la torpeza cometida⁸⁵⁶ y principalmente porque siendo la acción de nulidad una acción de interés general y, en muchos casos, de orden público la misma no es disponible por las particulares⁸⁵⁷. Por su parte, DELGADO y PARRA se muestran contrarios a estas nulidades relativas por

851 Como indica VAZQUEZ DE CASTRO (*Ilicitud...*, ob. cit. p. 479) esta técnica de flexibilizar la ineficacia absoluta está enfocada más bien desde la legitimación pasiva ya que el demandado de buena fe podrá neutralizar por vía de excepción una demanda de nulidad porque el demandante de la nulidad haya actuado, en ese caso concreto y aunque en abstracto goce de legitimación activa, de mala fe. En contra, entiende PASQUAU que se trataría de una limitación de la legitimación activa (en PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 245) de una delimitación negativa de la legitimación para anular (ibid. pp. 245 y 361) y se trataría de nulidades relativas por delimitación negativa.

852 VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 487, 505, 512 y 517.

853 *Ibid.* p. 464. Ejemplo paradigmático es la aseguradora que ha cobrado las primas durante años y solo insta la nulidad del contrato de seguro que ella misma redactó cuando ocurre el siniestro y con la finalidad de exonerarse del riesgo que asumió (*vide ibid.* pp. 507 y 508).

854 Véase sobre la plasmación positiva de esta restricción en los Códigos chilenos y argentino VAZQUEZ DE CASTRO. E. *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 480-484.

855 VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 478 n. 200, 487, 488, 495, 505 y 506. Vide *ibid.* pp. 504-512 sobre SsTS que aplican esta modalidad de restricción de la legitimación pasiva.

856 CERDA OLMEDO, M.: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans», *RDP*, mes 1, 1980, p. 1199.

857 Frente al argumento de que la acción de nulidad es una acción de interés general y de orden público y, por tanto, indisponible por los particulares cabría alegar que «no se discute sobre la disponibilidad de estas materias o sanciones sino sobre la posibilidad de prevalerse de su resultado en perjuicio de una persona de buena fe» (VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, cit. pp. 488, 489 y 516).

delimitación negativa porque entienden que la nulidad absoluta debería poder instarla aun el contratante que voluntariamente haya causado la nulidad ya que «*la consideración de que de este modo se fomenta la denuncia de la ilegalidad -ya que, a poco que el contrato resulte desfavorable para uno de los contratantes, hará este valer la nulidad- triunfa sobre el principio de que nadie puede ir contra sus actos propios (éstos, para que actúe el principio, han de ser válidos, suele decir la jurisprudencia)*»⁸⁵⁸. Y dicha posición contraria tiene numerosa jurisprudencia mayoritaria que la respalda⁸⁵⁹.

A2) Teoría favorable minoritaria

Jurisprudencia y doctrina minoritaria han defendido que cabe denegar *ad casum* la acción de nulidad a aquella parte que la ha provocado⁸⁶⁰ sin que ello afecte a la indisponibilidad de la acción de nulidad y ello porque, aunque se aceptara a efectos meramente dialécticos dicha indisponibilidad⁸⁶¹, es perfectamente posible limitar el ejercicio de una acción a una determinada persona que, si bien con carácter general tiene legitimación activa, en el caso particular, al actuar de mala fe e intentar prevalerse de la nulidad que el mismo provocó en perjuicio de un contratante de buena fe, carece de interés legítimo⁸⁶². Por otro lado, aunque se admitiera dicha indisponibilidad, no por ello sería necesario reconocer en el caso concreto legitimación activa a toda persona porque no podrían ejercitarla, a pesar de dicho interés general, p.ej., un tercero sin interés legítimo dado que no se trata de una acción pública. Pues bien, lo único que defiende esta teoría minoritaria es que si el contratante no dispone de interés legítimo (por ser de mala fe lo cual hace ilegítimo el interés) debe ser tratado como un tercero que carece de interés porque el que tiene (ilegítimo) no puede recibir amparo del Derecho. Se trataría, por tanto, de un contratante sin interés legítimo en ejercitar la

858DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 157 y 49. En el mismo sentido contrario a denegar la legitimación activa del contratante de mala fe causante de la nulidad en la acción de nulidad absoluta: ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858; LA-CRUZ, J.L. *Elementos...*, T. II. vol. II, p. 368; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 279.

859Existen numerosas sentencias del TS que consideran que el contratante causante de la nulidad está legitimado activamente para instar la invalidez, así, p.ej., la S. 2/6/2000, (TOL4.973.905) señala que: «*no es óbice a la declaración de nulidad del contrato litigioso el que tal nulidad fuera alegada en el proceso precisamente por la parte a quien... cabría considerar culpable de la nulidad*» ya que «*es irrelevante de quién hubiera partido la iniciativa en la introducción de las cláusulas*». En el mismo sentido, STS 18/10/1982 (TOL1.739.020); STS 10/2/1993 (TOL 1.664.509); STS 3/3/1995 (TOL5.124.012); STS 23/10/1992 (TOL1.662.026); STS 31-5-1963 (TOL 4.329.010); STS 24/02/1986 (TOL1.734.435) y, finalmente, la STS 14-3-74 que afirma que no puede el demandado oponer al demandante que causó la nulidad y ahora insta la acción la excepción de ir contra sus propios actos «*puesto que ir contra alguno de los motivos que vician el acto supone el cumplimiento de un deber, que debe ser bien acogido, cualquiera que haya sido la pretérita actuación de quien postule la nulidad*» (sentencia citada por GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 41 n. 44 y por DELGADO ECHEVERRIA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 157). No obstante, existen, asimismo, sentencias del TS que ponen de manifiesto algunas dudas sobre dicha doctrina y, así, indica la STS 18-3-1972 (TOL4.261.836) con cita de la sentencia *a quo* que «*el autor de la simulación, no puede alegarla contra terceros*».

860La denegación de la acción de nulidad a la parte que provocó la nulidad se sostuvo por la STS 25-1-2007 (TOL1.040.248): «*lo cierto es que, aunque sin decirlo expresamente, el Tribunal " a quo " está aplicando la regla de la jurisprudencia de esta Sala, de que **la acción de nulidad no puede ser ejercitada por aquella parte que la ha provocado***».

861Como vimos un sector doctrinal matiza la afirmación de que la acción de nulidad es indisponible porque dicha indisponibilidad tendría lógica en la nulidad propia que sería la del acto contra *legem* del art. 6.3 CC, pero en los supuestos de nulidad impropia tal afirmación sobre los caracteres de la nulidad es más dudosa porque «*los caracteres atribuidos a la nulidad sólo pueden justificarse y entenderse como resultado del choque de la voluntad privada contra la fuerza absoluta de la ley imperativa o prohibitiva; más allá pierden, al menos en gran parte, su propia razón de ser*»(GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 966-967.)

862VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 516.

acción de nulidad⁸⁶³. Y los Juzgados y Tribunales por exigencia del art. 7.3 LOPJ deben proteger «*los derechos e intereses legítimos*», no -por supuesto- los ilegítimos.

Dicha denegación se basa en razones de justicia y equidad y, desde el punto de vista técnico-normativo, puede fundarse en la exigencia de que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe (art.7.1 CC y 11.1 LOPJ). No obstante, dada la imprecisión de dicho principio general de buena fe que, según la jurisprudencia, no puede aplicarse de oficio (STS 14-3-2011, TOL 2075075), es preciso analizar en qué subregla jurídica del art. 7 CC podría basarse dicha denegación⁸⁶⁴ habiéndose propuestos las siguientes:

I) **Principio «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*»**. La denegación de la acción al actor de mala fe se funda en una aplicación del principio último de equidad elemental o razón que subyace en la regla «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*»⁸⁶⁵.

II) **Teoría del abuso del derecho**. La denegación de la acción al actor de mala fe se funda en la técnica del abuso del derecho cuando quien insta la nulidad quiere obtener un beneficio y dañar al otro contratante. No obstante, como indica CARRASCO, los tribunales no suelen rechazar como abusivo el ejercicio de una acción de nulidad por uno de los contratantes salvo cuando la nulidad se funda en defectos formales y el contrato ya ha comenzado a ejecutarse. En efecto, la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales admitida por nuestra jurisprudencia⁸⁶⁶ señala que cuando un negocio, inválido por un defecto formal, es cumplido voluntariamente por las partes puede resultar contrario a la buena fe y abusivo ejercitar posteriormente la acción de

863La STS 9-5-1994 (TOL1.665.029) apreció, si bien en un supuesto que calificó de anulabilidad, falta de legitimación en la actora pues al haber vendido bienes del art. 166 CC con «*plena conciencia de que faltaba la autorización judicial*» carecía «*de interés legítimo para instar la nulidad del contrato*».

864Señala CARRASCO que el art. 7 CC no contiene una regla de Derecho porque, como demuestra la jurisprudencia anterior a 1974, los tribunales no necesitan de un precepto explícito para imponer las exigencias de la buena fe y porque las prohibiciones genéricas que contiene dicho precepto no disponen de elementos de determinación suficientes para que los tribunales puedan subsumir el caso en la norma debiendo ser los tribunales los que creen subreglas específicas en que se concrete el principio general (CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.7 del Cc» en *Comentarios...* T. I. cit. pp. 171-172).

865La regla «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», arranca de las obras de los autores medievales y, si bien no pude precisarse bien su origen, parece de inspiración canónica (LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 284) y se construyó por influencia de la doctrina elaborada en la teología moral sobre la cuestión de la eficacia de lo dado o prometido a la prostituta (DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 250). Así, la "*soluti retentio*" (retención de lo pagado) se explica fácilmente «*cuando la conducta especialmente odiosa de una de las partes la hace parecer bien merecida; p.ej., [...] la de quien después de la cohabitación o convivencia reclama lo dado a la meretriz o concubina*» (ibid. p. 251). En cambio, DIEZ PICAZO considera que el fundamento histórico de la *soluti retentio* de la meretriz se basa en que esta obra inmoralmente al serlo, pero, una vez que lo es, no obra mal al actuar como tal; es decir, es inmoral ser prostituta pero una vez que se es no es inmoral ejercer la prostitución (DIEZ PICAZO, L.: «"Par delictum" ...» ob. cit. pp. 178 y 192). La regla «*nemo auditur*», por otro lado, ha sido reconocida en sistemas jurídicos muy dispares. Así, p. ej. los Tribunales ingleses que juzgaban conforme a la "*equity*" (Court of chancery, Courts of equity) fijaron la regla: «*he who comes to equity must come with clean hands*» e implica que quien solicita un remedio en equidad no debe ser él mismo culpable de conducta inmoral pudiendo el Tribunal tomar en consideración la conducta pasada del reclamante («*must not himself be guilty of unconscionable conduct. The court may therefore consider the past conduct of the claimant*»). Dicha regla "*nemo auditur*" ha sido defendida en nuestra patria por un importante sector doctrinal (entre otros, NUÑEZ LAGOS, R.:«*Condictio ob turpem vel iniustam causam*» en *RDN* 1961, p. 12), aplicada por nuestra jurisprudencia [entre otras STS 11/12/1957 (TOL4.377.966) y STS 17/02/1995 (TOL1.667.103)] y es uno de los fundamentos de los arts. 1305 y 1306 CC.

866Entre otras recogen dicha doctrina las siguientes sentencias: STS 1/02/1985 (TOL1.736.332); STS 12/12/1985 (TOL1.736.265); STS de 23/05/1987 (TOL 1736884); STS 22/12/1990 (TOL1.730.059); STS 20/04/2015 (TOL4.850.798).

nulidad principalmente cuando quien «*invoca el defecto ha colaborado dolosa o culposamente a su existencia, resultando además que la finalidad por la que se impuso la forma se ha visto cumplida*»⁸⁶⁷. Por tanto, recurrir a la nulidad por defectos de forma puede ser, en determinadas circunstancias, un ejercicio inadmisibles y abusivo del derecho⁸⁶⁸.

III) **Regla «*tu quoque*»** Señala la STS 17/02/1995 que la regla «*tu quoque*» se basa en la buena fe y «*rechaza la invocación de una normativa que fue voluntariamente contrariada por quien, ahora, pretende ampararse en ella*»⁸⁶⁹. En síntesis, la subregla del *tu quoque*, deducible del art. 7 CC, exige que una de las partes no pueda recurrir a normas que, por su parte, no ha cumplido y así señala CARRASCO que quien pretenda para sí «*una determinada aplicación de la norma debe querer lo mismo para los demás, aunque se trate de una «desigualdad en la ilegalidad»*⁸⁷⁰ y, por otro lado, «*quien con su conducta jurídica ilegal ha provocado la reacción de otro, no puede imputar a éste otro una conducta abusiva*»⁸⁷¹. Esta regla se ha recogido por nuestra jurisprudencia y así señala la STS 15/07/2010 «*que la buena fe, como estándar de comportamiento exigible [...] sufre cuando alguien trata de obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende -tu quoque-*»⁸⁷². O más detalladamente añade la SAP de Madrid de 16/02/2002:

«En la intelección de este principio (el de "turpitudinem suam allegans non auditur") por nuestro TS, se aplica a la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho cuando la posición jurídica alegada ha sido creada mediante una conducta ilegal o contraria al pacto, de forma tal que solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica, impidiendo el recurso a normas jurídicas que no se observaron en la propia conducta -"tu quoque"; "equity must come with clean hands" "he who wants equity must do equity" . La regla de adquisición del derecho de mala fe se basa en una Ley estructural de las Comunidades jurídicas, según la cual los sujetos crean los criterios conforme a los cuales deben ser juzgados. Las comunidades jurídicas se ven, pues, integradas -creadas y mantenidas- por la conducta de sus miembros; y determinan, por tanto, el standard que uno puede reclamar en cuanto sujeto jurídico. El trasfondo último más general es la violación de la exigencia de igualdad que constituye un elemento fundamental de la justicia: quien reclama a pesar de su propia infracción jurídica, está queriendo el tratamiento desigual de su contrincante en beneficio propio»⁸⁷³.

IV) **Teoría de los actos propios.** Más cuestionable es si puede fundarse la denegación de la acción en la doctrina de los actos propios mostrándose la jurisprudencia⁸⁷⁴ y doctrina mayoritaria⁸⁷⁵ en contra porque para que actúe el principio

867RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: «Donación disimulada en escritura pública» en ADC 2015-2 (pp. 369-407) p. 401. Vide mas ampliamente sobre el rechazo a la nulidad en estos casos WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*. Ed. Civitas. Madrid. 1977. p. 62.

868BOEHMER, GUSTAV: *El Derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación* (trad. PUIG BRUTAU, J.). Ed. Bosch. Barcelona, 1959, p. 207; DIEZ PICAZO en Prólogo a la traducción de la obra de WIEACKER *El principio general...*, cit. p. 22

869STS 17/02/1995 (TOL1.667.103).

870CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.7 del Cc», ob. cit. p. 175.

871Ídem.

872STS 15/07/2010 (TOL1.909.276).

873SAP Madrid, Secc. 10ª, 16/02/2002 (TOL213.722).

874SsTS ya citadas de 14/3/74 (sentencia cit. por GOZALO FERMOSEL. J.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 41 n. 44 y por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 157); STS 2/6/2000, (TOL4.973.905); STS 18/10/1982 (TOL1.739.020); STS 10/2/1993 (TOL1.664.509); STS 3/3/1995 (TOL5.124.012); STS 23/10/1992 (TOL1.662.026) y STS 24/02/1986 (TOL1.734.435) que con cita, esta última, de numerosa jurisprudencia afirmará que: «*la apreciación de los actos propios vinculantes exige que sean jurídicamente eficaces*».

875Así, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 479-480; DELGADO, J. y PARRA, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 157; DIEZ PICAZO, L.: *La doctrina de los actos propios*, [ed. 2014] ob. cit. p. 264, 264 n. 24 y 236, y VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Illicitud...*, ob. cit. p. 501.

de «*venire contra factum*» se exige que los actos sean válidos y eficaces⁸⁷⁶.

V) **Retraso desleal en el ejercicio del derecho etc.** Una última subregla del art.7 CC es la del retraso desleal en el ejercicio de los derechos que, no obstante, nuestra jurisprudencia admite muy excepcionalmente⁸⁷⁷. Y, finalmente, existirían, otros supuestos similares en que se ha denegado por nuestra jurisprudencia legitimación activa como son las peticiones oportunistas de la nulidad. Así, señala CARRASCO PERERA, que si las partes han estado cumpliendo el contrato «*y uno de ellos se «descuelga» con un incumplimiento oportunista, haciendo valer en ese momento la nulidad porque el contrato ha dejado de interesarle*» es preferible, si el resto se mantiene igual, declarar válido el contrato «*si la aplicación de la regla in pari causa del art. 1306 CC permitiría al incumplidor negarse a cumplir para el futuro, aprovechándose con ello de su conducta oportunista*»⁸⁷⁸.

B) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la retroactividad de la nulidad.

Junto a la técnica, legal y jurisprudencial, de las restricciones en la legitimación activa para interponer la nulidad (o nulidades relativas por delimitación positiva) que, como dijimos, los tribunales podían deducir de la *ratio legis* de la norma infringida y la técnica netamente jurisprudencial de las restricciones a la legitimación pasiva (o nulidades relativas por delimitación negativa) que deniegan la acción de nulidad a la parte cuyo interés no es legítimo también cabe que los tribunales gradúen toda una

⁸⁷⁶No obstante, en posición minoritaria se ha mostrado favorable a aplicar la teoría de los actos propios PASQUAU LIAÑO. M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 248, aduciendo en defensa de su tesis numerosas sentencias del TS (ibíd. p. 250) entre las que se encuentran la STS 20/6/1983 (TOL1.738.545); STS 23/5/1987 (TOL1.736.884); la STS 9/5/1994 (TOL1.665.029); y STS 30/10/1995 (TOL210.282). No obstante como señalan, con razón, DELGADO y PARRA (en *Las nulidades...*, ob. cit. p. 159) sin restar valor a la jurisprudencia citada por PASQUAU, es necesario atender a los datos concretos de dichas sentencias que impide aseverar que la jurisprudencia mayoritaria admita la doctrina de los actos propios en el ámbito de la nulidad. Y así de la jurisprudencia invocada por PASQUAU señalan DELGADO y PARRA que en la STS 20-6-1983 y 30-10-1995 el TS considera, con carácter previo, que no existe causa de nulidad; en la S. 23-5-1987 el TS entiende que el contrato no era donación, con lo que no es aplicable el art. 632 que exige aceptación por escrito, en un supuesto en el que quien cumplió voluntariamente el pago de una pensión, posteriormente impugna la falta de validez de la disposición: en la STS 9-5-1994 el contrato se considera anulable, y no nulo de pleno derecho y, por fin, en el supuesto de la S. 6-6-1992, quien impugna el contrato de arrendamiento no fue parte en el negocio jurídico, sino un tercero que adquirió el inmueble del acreedor hipotecario que se la adjudicó.

⁸⁷⁷Señala la STS 24/06/1996 (TOL5.152.872) que tiene lugar «*el retraso desleal, denominado por la doctrina germánica como "Verwirkung", cuando [una de las partes] con su conducta omisiva, ha dado lugar al ejercicio de una pretensión, que ha despertado unas expectativas serias en la otra parte, de la contienda judicial*». Véase un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre el retraso desleal en SAP Madrid -Secc. 9ª- de 30/04/2015 (TOL5.163.650) que destaca la aplicación restrictiva de la misma. En todo caso, como señala CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.7 del Cc», ob. cit. p. 175, en principio, la regla general de nuestro TS es que «*el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción (STS 16-12-1991 (TOL 1728078); 25-11-2002 (TOL 225592)), y cuando ha aplicado la excepción de retraso desleal ha sido en casos donde la reducción del plazo de ejercicio venía exigida por la regla de los propios actos (SSTS 21-5-1982 (TOL 1739312); 19-6-1985 (TOL 1736089))*».

⁸⁷⁸CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc», ob. cit. p. 161. Así, señala la STS 21/05/2009 (TOL1.530.924) que «*la posible nulidad del convenio litigioso por contrario a la normativa sobre defensa de la competencia [...] no puede beneficiar a quien, como el recurrente, se aprovechó del convenio mientras servía a sus intereses y dejó de cumplirlo cuando ya no fue así. Y aunque ciertamente una aplicación estricta de la regla 1ª del art. 1306 CC determinaría que los demandantes no pudieran exigir el cumplimiento del convenio por los demandados*» en el caso enjuiciado por la sentencia concurrían determinadas circunstancias que implicaban que el cumplimiento del convenio por el demandado sí fuera exigible.

escala de grises entre la nulidad absoluta y la anulabilidad, atendiendo, entre otros datos, a los intereses privados en liza y la buena fe de uno o ambos contratantes. Así según el TS (STS 9-5-2013 y 25-3-2015) con carácter excepcional cabe limitar, por razones de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves, la retroactividad de la sentencia que declara nula una cláusula abusiva:

A) La STS 9-5-2013- El TS en STS de 9-5-2013⁸⁷⁹ (cláusulas suelo) negó la retroactividad de una acción colectiva de cesación y declaró la irretroactividad de la sentencia, *«de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia»* (apdo. 294). Así, la STS señala que si bien la regla general es la eficacia retroactiva de la nulidad (apdo. 287), es perfectamente posible, en virtud de diversos principios generales del Derecho, entre los que destaca el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) la limitación de la retroactividad como así lo atestigua diversas normas y resoluciones que dicha sentencia cita (apartados 287 a 290)⁸⁸⁰. Y, a continuación, señala en su apartado 291 que también el TS ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad porque *«[l]a "restitutio" no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad" (STS 118/2012, de 13 marzo, RC 675/2009)»*

Como sentencia de cierre, a la hora de exponer la posibilidad de limitar la retroactividad, la STS de 9-5-2013 menciona la STJUE de 21-3-2013 [apdo 59], que dispone, con cita de numerosa jurisprudencia comunitaria, que: *«sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, **la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves**»*. Así, en esta sentencia del TJUE, se hallan los elementos básicos en los que la STS de 9-5-2013, fundó la irretroactividad: seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves al considerar el TS, en posición criticada, que existió buena fe de los círculos interesados⁸⁸¹ y riesgo de trastorno grave con trascendencia al orden público

879STS de 9-5-2013 (TOL3.671.048).

880En cuanto a las normas señala la sentencia que se contemplan limitaciones a la retroactividad, entre otras, en art. 106 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre; art. 114.2 de la Ley 11/1986; art. 54.2 de la Ley 17/2001 y 68 de la Ley 20/2003. En cuanto a las resoluciones judiciales señala la sentencia que el TC, por exigencias del principio de seguridad jurídica, ha limitado los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad en las SSTC 179/1994 de 16 junio, 281/1995 de 23 octubre, 185/1995, de 14 diciembre, 22/1996 de 12 febrero y 38/2011 de 28 marzo.

881Buena fe de las entidades financieras que hasta la STS 9-3-2013, dice el TS, desconocían que la información que suministraban no cubría íntegramente la que fue exigida y fijada con posterioridad por dicha resolución; ignorancia que, a partir de esta sentencia, continúa el TS, hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social. Así, entiende el TS, que las entidades financieras obraron de buena fe al comercializar las cláusulas suelo porque, entre otras razones, dichas cláusulas son lícitas; su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas; no se trata de cláusulas inusuales o extravagantes; su utilización fue tolerada largo tiempo por el mercado y porque la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos - en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia que derivaba no de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información.

económico (apdo. 293 K de la sentencia).

Es cierto que la sentencia del TJUE de 21-12-2016 rectificó al TS declarando la retroactividad de la nulidad de cláusulas suelo, pero dicha STJUE, como ha resaltado la doctrina, sólo prohíbe la limitación de los efectos restitutorios de la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores⁸⁸². Por eso, interesa en este momento más que el resultado práctico final de dicho procedimiento sobre cláusulas suelos (la retroactividad acordada por la STJUE se basó en consideraciones de protección eficaz del consumidor derivada de la interpretación de derecho europeo -apdo 63, 70 y 72-⁸⁸³) los motivos que se esgrimieron en la STS y que son válidos en otros casos ajenos a la nulidad de cláusulas abusivas en el ámbito del derecho de consumo. Y dichas razones alegadas por el TS permiten establecer (reiteramos, en contratos que no estén sujetos al derecho de consumo) la irretroactividad de la nulidad absoluta en los supuestos excepcionales que dicha resolución prevé⁸⁸⁴.

B) La STS 25/3/2015.- El *quid* de la STS 25/3/2015 (TOL4.828.169) era decidir si se aplicaba la doctrina contenida en la STS 9-5-2013 -recaída en el marco de una acción colectiva de cesación- a un supuesto en el que se estaba ejercitando una acción individual de nulidad pero referida a la misma condición general (la cláusula suelo)⁸⁸⁵. Aun así, el TS (FD 7º) niega también la retroactividad por entender que el conflicto jurídico es idéntico al resuelto en la STS de 9-5-2013 por lo que declarada nula la cláusula suelo deberá restituirse al prestatario los intereses que hubiera abonado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9-5-2013. Es decir, a pesar de la nulidad por abusiva de la cláusula, no deduce automáticamente, como exigiría la doctrina bipartita clásica, la retroactividad total sino solo hasta la fecha de la Sentencia que declaró abusivas dichas cláusulas porque entiende concurren, al igual que en el caso resuelto por la STS de 9-5-2013, la buena fe de los círculos interesados y trastorno grave del orden público económico.

882PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad* contractual..., ob. cit. p. 152

883Como señala la STJUE la irretroactividad que estableció la STS de 9/5/2013 solo concedía una protección limitada, incompleta e insuficiente al consumidor y no constituye, como exige el derecho comunitario, un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula [73].

884No obstante, en contra de dicha irretroactividad señala PERTIÑEZ VILCHEZ que, frente a los argumentos en que se funda la STS 9/5/2013 (contrariedad al orden público, seguridad jurídica y la buena fe de las entidades prestamistas) para acordar la irretroactividad, la contrariedad con el orden público no puede limitar los efectos restitutorios de la nulidad no solo porque el orden público económico (concepto extrajurídico e interés ajeno al Derecho, que no puede elevarse sobre el mismo) no es fuente de derecho sino también porque, si un criterio económico se impusiera sobre la aplicación de la norma, se generaría una inseguridad jurídica insoportable, la de discernir en qué casos este interés económico general puede sobreponerse sobre la Ley. Tampoco puede dicho orden público económico, como limitador de los efectos de la restitución, ampararse en la equidad que habrá de ponderarse en la aplicación de las normas (art. 3.2 CC) porque este último artículo prohíbe que las resoluciones de los Tribunales descansen de manera exclusiva en ella salvo que la ley expresamente lo permita y, en estos casos de irretroactividad, dice PERTIÑEZ, la irretroactividad descansaría exclusivamente en la equidad sin que la ley expresamente lo prevea. Tampoco puede fundarse la limitación a la restitución íntegra en el principio de seguridad jurídica porque la doctrina del TC que, con base en dicho principio, limita los efectos retroactivos de la sentencia que declare inconstitucional una ley no puede aplicarse por un tribunal ordinario para justificar la limitación de la restitución derivada de la nulidad y ello porque cuando una resolución judicial, aplicando una norma del ordenamiento vigente declara nulo un negocio no está alterando el derecho vigente, sino aplicando e interpretándolo. Por último, fundar la irretroactividad de la cláusula nula en la buena fe de las entidades prestamistas es en sí mismo ya es una contradicción, puesto que una cláusula abusiva es por definición contraria a la buena fe (art. 82 TR-LGDCU y art. 3.1 Directiva 13/1993) (PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad*..., ob. cit. pp. 151-155).

885Además, en la acción colectiva que dio origen a la STS 9-5-2013 no se solicitó la devolución de las cantidades pagadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia, mientras que en la acción individual que da origen a la STS 25/3/2013 si se contempla tal pretensión y se introduce como objeto del pleito una reclamación de cantidad.

C) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la insubsanabilidad de la nulidad.

La STJUE (Sala Cuarta) de 30-4-2014, asunto C-26/13, considera que, si el contrato no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, es válida una normativa nacional «*que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional*». Es decir, permite sanar la nulidad de una cláusula abusiva y con ello sanar la inexistencia que, en otro caso, hubiera sobrevenido de todo el contrato lo cual para la concepción bipartita de las nulidades es una *contradictio in terminis*. Asimismo, se ha admitido por nuestra jurisprudencia dicha posibilidad de convalidación en los préstamos usurarios que son nulos de pleno derecho⁸⁸⁶.

Por otro lado, como ya vimos y aunque ello no suponga una flexibilización jurisprudencial sino una excepción legal, en el ámbito hipotecario el art. 34 y 35 de la LH sí permiten convalidar, como excepción al art. 33 LH, títulos nulos lo cual supondría otra excepción al requisito clásico de la insubsanabilidad de la nulidad radical⁸⁸⁷. En efecto, aunque es cierto que el art. 33 LH indica que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo, como señala nuestra mejor doctrina hipotecarista, los arts 34 y 35 LH constituyen, ambos, una modalización, matización o excepción del art. 33⁸⁸⁸. Así, en relación con el tercero del art. 34 LH, la inscripción sí convalida ese contrato nulo operando una adquisición *a non domino* y en relación al art. 35 LH este también convalida el acto o contrato nulo a través no sólo de la inscripción, sino de ésta unida al transcurso de los plazos de la usucapión ordinaria más la presunción de posesión que implica⁸⁸⁹. En tal sentido, tanto el art. 34 y 35 LH representarían una «convalidación» de situaciones registrales⁸⁹⁰.

D) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la indisponibilidad e irrenunciabilidad de la nulidad.

Según la STJUE de 21 de febrero de 2013 [35] si el juez considera abusiva una cláusula se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula⁸⁹¹. Ello permite que el consumidor que prevea que la nulidad de una cláusula abusiva arrastrará la inexistencia del contrato (porque, sin aquella, este no pueda subsistir) pueda prestar la aquiescencia a dicha cláusula para evitar la inexistencia del contrato por lo que de un

886 Asimismo, nuestro TS, pese a considerar nulo el préstamo usurario, ha entendido en ocasiones que es un contrato confirmable o convalidable por actos de los interesados o por cumplimiento. Así señala las STS 24-5-1969 (TOL4.288.109) que los contratos incluidos en el artículo 1.º de la Ley de 23-7-1908 pueden convalidarse «*por actos propios de los interesados, mediante el cumplimiento de lo en ellos convenido (sentencias de 12-6-1918 y 14-7, 22-11-1928)*». En nuestra doctrina reciente MARTINEZ DIAZ considera igualmente que la invalidez por usura es confirmable y admite la sanación convalidatoria (MARTINEZ DIAZ, F.J.: La nulidad por usura..., ob. cit. p. 367-368) pero dicho autor parte de la premisa de que dicha invalidez por usura no es una nulidad de pleno derecho sino un supuesto de anulabilidad por vicio del consentimiento (ibíd. pp. 356-360).

887 Más ampliamente sobre la relación entre los arts 33, 34 y 35 LH en TRINCADO AZNAR, J.M.: «El ámbito legitimador...», ob. cit. pp. 2122-2123 et *passim*.

888 GARCIA GARCIA, J.M.: «El principio hipotecario...», ob. cit. p. 1720.

889 Ibíd. p. 1718; TRINCADO AZNAR, J.M.: «El ámbito...», ob. cit. pp. 2122-2123, 2133 et *passim*.

890 GARCIA GARCIA, J.M.: «El principio hipotecario...», ob. cit. p. 1720.

891 En este mismo último sentido STJUE de 4 de junio de 2009 [35] que señala que cuando el Juez aprecie abusiva una cláusula «*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*».

modo indirecto está disponiendo sobre la existencia o inexistencia del contrato.

E) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la imprescriptibilidad de la nulidad.

El TS en numerosas sentencias ha señalado que la contravención de la Ley de Usura, que constituye una nulidad de pleno derecho, tendrá un plazo de prescripción de 15 años (actualmente, tras la modificación del art. 1964.2 CC por Ley 42/2015 el plazo sería de 5 años)⁸⁹². Ello supone -dice PASQUAU LIAÑO en opinión que compartimos- una ruptura de la concepción bipartita de las nulidades⁸⁹³ por lo que es lógico que haya recibido una fuerte crítica de los defensores de dicha teoría dual⁸⁹⁴. En todo caso, sí se podría decir que la Ley Azcárate de usura crea un tipo especial de nulidad distinto de los previstos en el CC⁸⁹⁵ aunque no falta doctrina que considera que dicha invalidez por usura no es un supuesto de nulidad sino de anulabilidad por vicio de consentimiento⁸⁹⁶.

F) Flexibilización por vía jurisprudencial del requisito clásico de la apreciabilidad de oficio de la nulidad.

⁸⁹²Así se han manifestado a favor del plazo de prescripción de 15 años las STS 18/06/1945 (TOL 4.458.493); STS 14/12/1949 (TOL 4.456.063); STS 04/06/1957 (TOL4.377.673); STS 26/02/1957 (cit. por PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 316); STS 27.10.1960 (TOL4.339.289); STS 24-5-1969 (TOL4.288.109) o, en nuestra jurisprudencia menor, la SAP Asturias (Secc. 6.ª) de 22/3/2000 (Roj: SAP O 1170/2000). Vide más ampliamente sobre esta cuestión VAZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud...*, ob. cit. p. 121; PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 22 y 314 y ss. Según DELGADO y PARRA la razón de declarar prescribible la acción de nulidad procedente del carácter usurario del contrato quizá sea porque, en estos casos, casi siempre se ejercita una acción restitutoria (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 190.)

⁸⁹³PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 314 -315. En contra JIMÉNEZ MUÑOZ considera que no existe dicha ruptura porque considera que en los casos en que el TS ha considerado que la invalidez del préstamo usurario es un supuesto nulidad radical ha considerado imprescriptible la acción, mientras que en los casos en los que ha considerado que dicha invalidez es un supuesto de anulabilidad ha sometido la acción al plazo de prescripción de 15 años (en JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La usura...*, ob. cit. p. 142). No obstante, en contra de lo afirmado por este último autor, cabría señalar que la STS 29-12-1942 afirmó que «*el contrato de préstamo viciado por usura [...] es nulo por disposición de la ley*» (no simplemente anulable) y a pesar de ello lo calificó de prescriptible, aunque según JIMÉNEZ MUÑOZ, en opinión que no compartimos, la expresión «*nulo por disposición de la ley*» significa «*meramente anulable, no nulo con nulidad radical*» (últ. ob. cit. p. 108).

⁸⁹⁴Señalará ALBALADEJO: «*Yo, creyendo que el préstamo usurario es nulo absolutamente, he de entender que la acción correspondiente es imprescriptible, rechazando así tanto la prescripción (más bien caducidad) de 4 años que sólo correspondería si el contrato fuera anulable, como la de 15, que siendo nulo tampoco puede corresponder por ser la nulidad imprescriptible*» (ALBALADEJO, M.: «La nulidad de los préstamos...», ob. cit. p. 46) Por ello, añade, «*la acción de nulidad, no prescribe, pero sí a los 15 años la de restitución*» (ibíd. p. 49).

⁸⁹⁵Consideran la nulidad del préstamo usurario como una nulidad especial o singular JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La usura...*, ob. cit. p. 104; NAVARRO VILARROCHA, P.: «Los contratos usurarios en nuestro ordenamiento civil», en *RGD* n.º 348, p. 832; del mismo autor, «Los contratos usurarios en nuestro ordenamiento civil (Conclusión)» *RGD* n.º 349-350, p. 935; PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 315; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 120 y 122. En contra de dicha tesis y a favor de considerar la nulidad del préstamo usurario como una nulidad típica a la que deberían aplicarse los caracteres tradicionales de la nulidad radical ALBALADEJO, M. «La nulidad de los préstamos...», ob. cit. p. 35 y la doctrina allí citada; BLASCO GASCO, F.: en *Derecho de obligaciones y contratos* [2ª ed. 1995] p. 754; HERNÁNDEZ GIL, F.: «Art. 1755» en *Comentario...* T. 7. ob. cit. p. 1022 con cita de diversas sentencias del TS que proclaman la nulidad absoluta del préstamo usurario.

⁸⁹⁶MARTINEZ DIAZ, F.J.: *La nulidad por usura...*, ob. cit. pp. 356-360. Puede verse en dicha obra un análisis de la doctrina que ha sostenido que la invalidez por usura deriva de un vicio del consentimiento (postura que el autor denomina relativista) en pp. 311-326. En todo caso, en congruencia, con dicha calificación de mera anulabilidad por vicio del consentimiento entiende este autor que la acción de nulidad por usura no es pública, está sujeta al plazo de caducidad del art. 1301 CC (ibíd. pp. 363-367) y es confirmable y convalidable (ibíd. pp. 367-368) de modo que siendo meramente anulable y no nulo de pleno derecho, el negocio usurario produce efectos en tanto no sea anulado (ibíd. p. 369).

En materia de simulación contractual, donde se considera de manera unánime radicalmente nulo el negocio simulado⁸⁹⁷, el TS estima, sin embargo, en ocasiones que no cabe su apreciación de oficio⁸⁹⁸. Asimismo, en materia de préstamos usurarios considera un importante sector que la legitimación para ejercitar la acción dirigida a la declaración de un préstamo como usurario se concede sólo al prestatario y no al prestamista usurero ni a un tercero⁸⁹⁹ y derivado de dicha legitimación restringida la mayoría de la doctrina considera que no puede el Juez apreciar de oficio el carácter usurario del préstamo⁹⁰⁰.

G) Flexibilización por vía jurisprudencial del rigor de la nulidad total mediante la técnica de la nulidad parcial.

En ocasiones, como vimos, es aconsejable anular solo aquella parte que va en contra de la Ley, dejando subsistente el vínculo contractual en el resto. Para su estudio nos remitimos a lo ya indicado⁹⁰¹.

H) Flexibilización *a posteriori* del rigor de la nulidad clásica.

Los supuestos a los que no referiremos en este apartado son casos en los que la nulidad se aplicaría en su versión clásica y con los caracteres que le atribuye la tesis bipartita, pero se corregirían sus efectos *a posteriori* dilucidando las responsabilidades e indemnizaciones derivadas de la ineficacia mediante la *culpa in contrahendo*. Esta solución no ha sido acogida, con la excepción de alguna alusión *obiter dicta*⁹⁰² en nuestra jurisprudencia⁹⁰³ pero sí en nuestro derecho comparado⁹⁰⁴.

897 Véase, por todos, en cuanto a dicha nulidad radical MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. p. 680, si bien, como veremos, la doctrina mayoritaria señalará que el negocio simulado es nulo por ausencia de causa y la doctrina minoritaria defenderá que es nulo por ausencia de consentimiento.

898 Así, p.ej., STS 30/10/1999 (TOL171.218). Véase más ampliamente sobre la apreciación de oficio de la causa de nulidad en los supuestos de simulación contractual GARCIA VICENTE, J.R. *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2017, pp. 198-200.

899 **A favor de restringir la legitimación activa sólo al prestatario** se manifiesta la STS 24-5-1969 (TOL4.288.109) y, en nuestra doctrina, JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La usura...*, ob. cit. pp. 104-105; MARÍN PÉREZ, P.: «Comentarios al artículo 1755 del CC» en *Comentarios Edersa*. T. XXII - Vol. 1º, cit.; MARTINEZ DIAZ, F.J.: *La nulidad por usura...*, ob. cit. pp. 363-364; NAVARRO VILARROCHA, P.: «Los contratos...» RGD 348, cit. p. 834; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 122 y la doctrina allí citada. **En contra, no obstante, de restringir dicha legitimación** se manifiesta en coherencia con su concepción bipartita ALBALADEJO, M.: «La nulidad de los préstamos...», ob. cit. p. 47.

900 En este sentido **se muestran contrarios a la apreciabilidad de oficio** del carácter usurario del préstamo, entre otros, JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La usura...*, ob. cit. pp. 104-105; NAVARRO VILARROCHA, P.: *Los contratos...*, en RGD nº 348, cit. p. 832; SUÁREZ SÁNCHEZ, U.: voz «Simple préstamo», *Enciclopedia Jurídica*, Vol. 20, Ed. La Ley. Madrid, 2008, p. 11829; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 122-123; así como la STS de 08/10/1981 (TOL1.739.574). **A favor de la apreciabilidad de oficio**, en cambio, se pronuncian ALBALADEJO, M.: «La nulidad de los préstamos...», ob. cit. p. 48 y la SAP de Vizcaya (Secc. 5.ª) de 08/03/2001 (TOL69.388).

901 Como señalé, DE LOS MOZOS consideraba la nulidad parcial, junto a la conversión y convalidación, figuras sanatorias de la nulidad del negocio (DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión...*, ob. cit. p. 9).

902 *Obiter dicta* hace referencia a ella la STS 2-6-2000 (TOL4.973.905) que afirma: «no es óbice a la declaración de nulidad del contrato litigioso el que tal nulidad fuera alegada en el proceso precisamente por la parte a quien [...] cabría considerar culpable de la nulidad [...]. Todo ello no significa, empero, que el demandante no pueda promover en su caso otro juicio por la posible **culpa "in contrahendo"** de aquél con quien contrató, culpa que aquí no cabe declarar» (porque no se pidió en la demanda).

903 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 530, 544. Sobre las posibles razones de dicha falta de acogida vide ibíd. pp. 415-417.

904 La responsabilidad por *culpa in contrahendo* en caso de nulidad del contrato es la solución adoptada por el BGB congruente con una lógica enraizada en la jurisprudencia de conceptos del primer Ihering (VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 528). La expresión «culpa in contrahendo» para re-

Los partidarios de esta tesis flexibilizadora consideran que, en los casos de contrato prohibido o ilegal, debe aplicarse siempre el régimen de la nulidad radical *stricto sensu* con los caracteres clásicos, porque, entienden, la nulidad es una sanción objetiva ante una infracción que pretende restablecer la legalidad, pero luego, añaden, se repararía, en sede de responsabilidad, mediante una indemnización de daños y perjuicios, los desequilibrios producidos por los efectos inexorables de dicha nulidad clásica cuando los efectos restitutorios de la nulidad no resulten merecidos por la conducta de los contratantes (p. ej. por haber actuado uno de ellos de buena fe) y adecuados a la violación legal⁹⁰⁵. Y ello se realizará mediante la aplicación de las reglas de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. En resumen, de acuerdo con esta técnica flexibilizadora, en caso de contrato ilegal debe decretarse la nulidad sin consideraciones a circunstancias subjetivas porque, entienden sus partidarios, que la nulidad es una sanción objetiva ante una infracción, pero luego, en sede de responsabilidad, se reparan los desequilibrios producidos en consideración a circunstancias subjetivas (fundamentalmente a la buena o mala fe de los contratantes⁹⁰⁶).

2.2.5 La anulabilidad parcial.

Cuando solo alguna cláusula de los contratos está afectada por uno de los vicios de la voluntad que señala el art. 1265 CC (error, violencia, intimidación o dolo) se ha planteado si cabe extirpar dicha cláusula -siempre que se ejercite por la persona legitimada la acción de anulabilidad- manteniendo la validez del resto. Se muestra a favor de dicha anulabilidad parcial la doctrina⁹⁰⁷, la jurisprudencia mayoritaria⁹⁰⁸ así como el art. 146.3 del Anteproyecto de CEC⁹⁰⁹. Los principales argumentos a favor de la anulabilidad parcial son la consideración de la anulabilidad como forma de invalidez menos acentuada que la nulidad así como la aplicación de principios de autonomía de la

ferirse a la responsabilidad en el periodo precontractual fue forjada por Ihering en 1861 sobre la base de textos romanos relativos a la venta de *res extra commercium* cuando el vendedor conoce esta naturaleza de la cosa y no informa de este aspecto al comprador en cuyo caso el comprador de buena fe, al menos en derecho romano clásico tardío, tenía acción contractual para obtener el *id quod interest* (TOMAS MARTINEZ, G.: «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea», *RDUCN*- Año 17. N.º 1 [2010], pp. 189- 190). Ihering, así, defenderá el carácter contractual de la *culpa in contrahendo*, al descubrir que dichos textos romanos sobre venta de *res extra commercium* acuerdan una responsabilidad contractual aún en caso de contrato nulo (MANZANARES SECADES, A.: «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *ADC* 1985-4, pp. 985-987).

905VAZQUEZ DE CASTRO. E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 430 y 531.

906Vide ibid. p. 532. En todo caso, entiende VAZQUEZ DE CASTRO que, en nuestro Derecho, la doctrina de la *culpa in contrahendo* tiene carácter subsidiario y solo serviría de complemento cuando el efecto restitutorio de la ineficacia no alcance su finalidad reintegradora al intentar reponer la situación preexistente a la infracción (ibid. p. 533).

907Han defendido, entre otros, la anulabilidad parcial CASANUEVA SANCHEZ, I.C.: *Análisis...*, ob. cit. pp. 166 a 169 DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 215; GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez...*, ob. cit. pp. 302 -303; LOPEZ FRIAS, A.M.: «Clases de nulidad...», ob. cit. p. 865; LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 329, 355 y 319-320 con cita de jurisprudencia francesa; PARRA LUCAN, M.A.: «Las anomalías...», ob. cit. p. 610. En el ámbito del derecho de consumo ha defendido dicha anulabilidad o nulidad relativa parcial CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. p. 95.

908LOPEZ FRIAS cita la STS de 24/11/1983 que declara nulo por haber existido error un pacto modificativo del precio en una compraventa de terreno para edificar y mantiene válido el resto del contrato (LÓPEZ FRIAS, A.M.: «Clases de nulidad...», ob. cit. p. 865).

909Art.146.3: «Las disposiciones de este artículo (referido a la anulabilidad del contrato) 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».

voluntad, conservación del negocio y economía jurídica⁹¹⁰. En todo caso, dicha anulabilidad parcial solo es posible cuando incide sobre una parte no esencial del negocio siendo los efectos de dicha anulabilidad parcial distintos que los de la nulidad parcial porque, en el caso de la anulación, mientras estuvo en vigor la cláusula ésta pudo llegar a producir efectos irrevocables⁹¹¹.

Por su parte, PASQUAU distingue entre anulabilidad parcial en sentido objetivo y subjetivo. En cuanto a la primera, es decir cuando la causa de anulabilidad vaya referida a una parte del contenido del contrato, la cuestión, considera, no presenta diferencias con la cuestión general de la nulidad parcial⁹¹². En cuanto a la segunda, que tiene lugar cuando el contrato puede ser anulado por más de una parte contratante considera este autor que, aunque a primera vista pudiera parecer que solo si todos los legitimados para anular confirman el contrato queda definitivamente confirmado, la regla general es la contraria: es suficiente con que alguna de las partes anule para que el contrato, en su conjunto, deba considerarse nulo ya que cuando varios están legitimados para anular cada uno tiene derecho a destruir la eficacia del contrato y no puede obligarse a la otra parte a quedar vinculado por «*lo que queda*» de contrato una vez extraída la parte del mismo afectante a quien impugnó por lo que sólo cabe una anulabilidad parcial subjetiva si los efectos contractuales son perfectamente divisibles⁹¹³.

Sin embargo, en contra de la anulabilidad parcial se ha mostrado la STS 4-12-1986 porque entiende que, en los casos de anulabilidad, la invalidez «*emanaría de vicios de la voluntad negocial, la que no es imaginable o resulta sumamente arriesgado escindir para preservar una parte de voluntad no efectuada por aquellos o referible a determinadas cláusulas y no a todas*»⁹¹⁴. También parece mostrarse en contra de la anulabilidad parcial en materia de contratos CAPILLA que considera que cuando el vicio del consentimiento afecta solamente a una parte del contrato se deberá acordar (en atención a «*la unidad de la intención práctica de las partes, la concreción que habitualmente importan los intereses afectados por el contrato, y la interdependencia de las reglas contractuales*») o bien la invalidez total o bien la eficacia en bloque o bien, incluso, otras consecuencias menores, si la irregularidad no tiene entidad suficiente⁹¹⁵.

2.2.6 La anulabilidad absoluta.

La anulabilidad absoluta es una invalidez absoluta, provocada y sanable o, dicho con otras palabras, una anulabilidad subsanable que puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés legítimo. Especialmente analizada por la doctrina italiana se ha discutido su aplicabilidad en derecho español.

2.2.6.1 Breve referencia a la doctrina italiana. -

En la doctrina italiana, señalaba DE CASTRO, se distingue junto a la anulabilidad relativa o normal, que restringe la legitimación activa a la persona protegida por la

910 LÓPEZ FRIAS, A.M.: «Clases de nulidad...», ob. cit. p. 865. Similares argumentos en CASANUEVA SANCHEZ, I.C.: *Análisis...*, ob. cit. p. 166; GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 302.

911 GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 303; CASANUEVA SANCHEZ, I.C. *Análisis...*, ob. cit. pp. 168-169.

912 PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 328 n. 124.

913 *Ibid.* pp. 327-328.

914 STS 04/12/1986 (TOL1.734.102).

915 CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 19-20. Por contra, en materia testamentaria no adopta una posición tan tajante y, en virtud del principio *favor testamenti*, señalará que si los vicios del consentimiento afectan sólo a parte del contenido del testamento pueden generar ineficacia solamente de la cláusula viciada (*ibid.* p. 20).

norma, la anulabilidad absoluta, cuyo ejercicio corresponde a cualquier interesado (y, en ese sentido, se aproxima a la nulidad radical), pero que es sanable por transcurso del tiempo o por confirmación (y, en ese sentido, se aproxima a la anulabilidad clásica)⁹¹⁶. Como señalará MARQUEZ GONZALEZ en todos los supuestos de anulabilidad absoluta «se trata de casos de anulabilidades que prescinden de los caracteres de relatividad e interés privado que han configurado tradicionalmente aquella noción ya que la irregularidad puede ser demandada por cualquiera que tenga interés- su istanza di chiunque vi ha interesse-»⁹¹⁷.

CARIOTA FERRERA definirá la anulabilidad absoluta como aquella anulabilidad que puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés⁹¹⁸ y admitirá la figura de la anulabilidad absoluta en el art. 104 del derogado Código Civil italiano de 1865 que establecía que la invalidez del matrimonio contraído con ciertos impedimentos podía ser instada por los esposos, ascendientes más próximos, por el ministerio público y por todos los que en ello tuvieran un interés legítimo y actual⁹¹⁹. Se diferenciaba, por tanto, dicha invalidez de la nulidad absoluta porque la acción de nulidad no era, en todo caso, imprescriptible⁹²⁰ y admitía ciertas formas de convalidación⁹²¹. Y se diferenciaba de la anulabilidad clásica -de la nulidad relativa provocada- porque la legitimación activa se ampliaba a cualquier interesado y al Ministerio Público. Por tanto, como señala OLIS ROBLEDA, solo quedaba la posibilidad de la anulabilidad absoluta: anulabilidad, porque se puede sanar; absoluta, porque todos tienen derecho a acusarla⁹²².

Ya con relación al CC italiano vigente de 1942 CARIOTA FERRERA señala como supuestos de anulabilidad absoluta la incapacidad por interdicción legal (art. 1.441, § 2.º CC); en materia testamentaria los supuestos de incapacidad natural o legal del testador (art. 591 CC), los defectos de forma del testamento que no producen nulidad (art. 606 CC) y los vicios de la voluntad del testador (art. 624); y en materia matrimonial el matrimonio celebrado por algunos impedimentos, en particular por parentesco, afinidad, afiliación (arts. 87, 117, 125 y 127), delito (arts. 88, 117, 125 y 127) y, además, por falta de edad (arts. 84, 117, 118, 126 y 127)⁹²³. En efecto, el Códice

916DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530 con cita de bibliografía italiana en nota 6.

917MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría...*, ob. cit. p. 155.

918CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 298. En el mismo sentido señala LUIGI VIOLA: *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*. Ed. Halley. Matelica (Italia). 2007, p. 227: «L'annullabilità è assoluta quando può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse».

919CARIOTA FERRERA «L'annullabilità assoluta» en *II foro italiano* 1939, IV, col. 50 cit. por ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 91-92. Señalaba el art. 104 del Códice de 1865 que: «El matrimonio contraído en oposición a los artículos 55 (impedimento de edad), 56 (impedimento de vínculo), 58 y 59 (impedimentos de parentesco) 60 (impedimento por adopción) y 62 (impedimento por delito), puede ser impugnado por los esposos, ascendientes más próximos, por el ministerio público y por todos los que en ello tengan un interés legítimo y actual. Por las mismas personas puede ser impugnado el matrimonio celebrado ante un funcionario incompetente o sin la asistencia de los testigos necesarios. La demanda de nulidad por incompetencia del oficial del estado civil no es admisible después de pasado un año de la celebración del matrimonio». (AGUILERA Y VELASCO, A.: *Colección de Códigos europeos y americanos*, ob. cit. p. 36).

920Así, señalaba el art. 114 «El ministerio público no puede proponer la acción de nulidad después de muerto uno de los cónyuges».

921Vide art. 106 y 110 Código civil italiano de 1865.

922ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 92.

923CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 299. Teoría criticada por BETTI, E.: *Teoría General...*, [ed. 2018], ob. cit. pp. 346 n. 11 y 346 y 347 si bien hay que partir del distinto concepto que tienen ambos autores sobre el término «absoluto» y «relativo» aplicado a la invalidez. Para CARIOTA dichos términos hacen referencia a la legitimación activa (*El negocio...*, ob. cit. p. 279) mientras que en BETTI hace referencia al ámbito de afectados por la invalidez (*Teoría...*, ob. cit. pp. 346-347). Partiendo de dicha premisa terminológica, BETTI considera posible una nulidad relativa de pleno derecho

vigente de 1942 contiene, además del supuesto de la acción de anulación del matrimonio, otros supuestos excepcionales que la doctrina italiana ha considerado de anulabilidad absoluta⁹²⁴. Examinamos, siguiendo a VIOLA y sin pretensiones exhaustivas, algunos de dichos supuestos⁹²⁵:

I) **Matrimonio contraído en ausencia de las condiciones necesarias.** Señala el art. 117 del vigente Código civile que: «*El matrimonio contraído con violación de los artículos 86 (vínculo matrimonial), 87 (parentesco, afinidad, adopción y afiliación) y 88 (condenado por el homicidio consumado o intentado del otro cónyuge) puede ser impugnado por los cónyuges, sus ascendientes próximos, el ministerio público y todo aquel que tenga interés legítimo y actual. El matrimonio contraído con violación del artículo 84 (menor de edad) puede ser impugnado por los cónyuges, por cualquiera de los padres y por el ministerio público. La acción de anulación puede ser propuesta personalmente por el menor dentro del año en el que se alcance la mayoría de edad. La demanda, propuesta por el padre o por el ministerio público, debe ser rechazada, incluso durante la tramitación del juicio, si el menor ha alcanzado la mayoría de edad o se ha concebido o procreado y en todo caso, cuando exista la voluntad del menor de mantener en vida el vínculo matrimonial[...]*».

Así, como señala OLIS ROBLEDA, la acción para impugnar compete a todo el que tenga interés legítimo y actual; pero, en cambio, esa acción puede prescribir: después de la muerte, con respecto al ministerio público (art. 125) y con respecto a los demás, después de treinta años, según la regla general de prescripción de acciones⁹²⁶. También, como vemos, admite casos de convalidación (de «*sanatio in radice*») «*cuando exista la voluntad del menor de mantener en vida el vínculo matrimonial*». Por tanto, se trata de una invalidez de legitimación absoluta -lo que la distingue de la anulabilidad clásica relativa- pero prescriptible y convalidable -lo que la distingue de la nulidad absoluta clásica.

II) **Incapacidad de testar.** Señala el art. 591 Código civile que pueden disponer por testamento todos aquellos que no han sido declarados incapaces por la ley señalando, a continuación, supuestos de incapacidad de testar. No obstante, añade dicho artículo que, en los casos de incapacidad previstas de este artículo, el testamento puede ser impugnado por cualquier persona interesada, pero la acción prescribe en el plazo de 5 años desde el día en que se llevó a cabo a las disposiciones testamentarias. Por tanto, establece una invalidez de legitimación absoluta -lo que la diferencia de la anulabilidad clásica- pero que prescribe en el plazo de 5 años -lo que la distingue de la nulidad absoluta.

pues cabe que «*una situación que se verifica objetivamente, en el sentido de que no está subordinada a una iniciativa que la haga valer, puede, sin embargo, producirse sólo en relación a determinados intereses*» señalando como supuestos de dicha nulidad relativa de pleno derecho los supuestos de actos de disposición de la cosa embargada de los art. 2913-2915 Código. La diferencia es que mientras CARIOTA está haciendo referencia con su anulabilidad absoluta a una invalidez absoluta (absoluta tomada en el sentido que lo hace CARIOTA FERRERA) y provocada; BETTI está haciendo referencia con su «nulidad relativa» a una invalidez oponible solo con relación a ciertas personas (es decir, relativa en el sentido que lo hace BETTI) de pleno derecho. Como hemos dicho, en esta tesis se acepta el término absoluto y relativo en el sentido de personas legitimadas activamente (en el sentido de CARIOTA) y no en el sentido de ámbito de afectados por la invalidez (que es el sentido aceptado por BETTI).

924Excepcionalidad destacada por SALVATORE TONDO en «Invalidità e inefficacia del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962, p. 1000 cit. por MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría ...*, ob. cit. p. 16).

925Todos estos supuestos pueden verse más ampliamente en LUIGI VIOLA: *Studi monografici...*, ob. cit. p. 227-228; del mismo autor, *Il contratto: validità, inadempimento, risarcimento*. T. I (2009). Ed CEDAM. Wolters Kluwer Italia. 2009, pp. 863-865.

926ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 105.

III) **Violencia, dolo y error en el testamento.** El art. 624 Código establece que en caso de violencia, dolo o error la disposición testamentaria podrá ser impugnada por cualquier interesado, pero dicha acción prescribe a los cinco años desde el día en que se tuvo conocimiento del vicio. Invalidez por tanto absoluta (cualquier interesado puede instarla) pero prescribible⁹²⁷.

En definitiva, señala VIOLA que la jurisprudencia italiana considera que mientras la anulabilidad relativa tutela un interés privado, o sea del sujeto que sería perjudicado por el negocio, la anulabilidad-sanción tutela el interés general con la consecuencia que cualquiera puede hacerla valer, (Cass. civ.. sez. I, 24.8.93. n. 8918)⁹²⁸.

2.2.6.2 La admisibilidad de la anulabilidad absoluta en el derecho español

2.2.6.2.1 Posición doctrinal.

En nuestro Derecho, cabe preguntarse si es posible dicha anulabilidad absoluta. La materia, hasta donde sé, ha sido escasamente analizada pero aun así existe, aunque de soslayo, dos tendencias:

I) **Tesis contraria a su admisibilidad.** Niega DE CASTRO, con relación a los arts. 102, 229, 673 y 687 CC, la figura de la anulabilidad absoluta porque la misma «*resulta artificial, innecesaria e incompatible con el sistema general del Código*» ya que cuando se extiende la legitimación a cualquier interesado, entiende, estamos ante un caso de nulidad absoluta⁹²⁹. Argumentación típicamente bipartita que, por otro lado, considera que no cabe más nulidad absoluta que la que sea de pleno derecho y, en ese sentido, no admite la posibilidad de nulidades absolutas provocadas.

II) **Tesis favorable a su admisibilidad.** Por contra, entiende ALBALADEJO, en sus anotaciones a CARIOTA FERRERA, que el concepto de anulabilidad absoluta es aceptable íntegramente en nuestro derecho considerando como «*casos seguros de la misma en el Derecho español los de testamento otorgado con vicio de la voluntad (CC art. 673 y 767)*»⁹³⁰. También se muestra favorable a dicha figura DELGADO ECHEVERRÍA que señalará como cada vez es más necesario abordar sin prejuicios la dogmática de las sanciones de nulidad y conceder un espacio de libertad de configuración al punto de tolerar la existencia de «*anulabilidades absolutas*»⁹³¹. Y, así, considerará este autor que existirá dicha anulabilidad absoluta -o con legitimación ampliada- cuando «*estuviera en manos de cualquier interesado hacer valer una "nulidad" y, sin embargo, señalarse plazo para ello*»⁹³².

2.2.6.2.2 Posibles supuestos de anulabilidad absoluta en derecho español

927Otros casos de anulabilidad absoluta pueden verse en el art. 606.2 y 1441.2 Código (ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 103). Supuestos más dudosos, a nuestro entender, de anulabilidad absoluta pueden verse, según VIOLA, en los arts. 428.1 y 775 Codice (VIOLA, L.: *Studi monografici...*, ob. cit. pp. 227-228; del mismo autor, *Il contratto...*, ob. cit. pp. 863-865).

928LUIGI VIOLA: *Il contratto...*, ob. cit. p. 863.

929DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530.

930ALBALADEJO en sus anotaciones a CARIOTA FERRERA, L: *El negocio...*, ob. cit. p. 299.

931DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*. T. XVII, vol. 2, [1995], pp. 301-302. Parece mostrarse a favor de la anulabilidad absoluta EGUSQUIZA BALSAMEDA pues considera atinado el comentario de DELGADO ECHEVERRÍA en el que hace referencia a la misma (EGUSQUIZA BALSAMEDA, M^a.A.: *Cuestiones conflictivas...*, ob. cit. p. 24).

932DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades...*, ob. cit. p. 34.

La transposición al derecho español de la figura de la anulabilidad absoluta plantea problemas no por la figura en sí, sino porque los supuestos donde se pretende trasponer pertenecen a dos sectores del derecho privado (derecho matrimonial y sucesiones) que presentan, o al menos así se pretende, notables diferencias con el derecho de obligaciones⁹³³.

A) Derecho matrimonial. -

El matrimonio nulo. El art. 117 del Código civil analizado (anulabilidad absoluta) hace referencia al matrimonio contraído con violación del impedimento de vínculo anterior, parentesco, condena por atentar contra la vida del otro cónyuge o minoridad. Nuestro CC regula similares causas de nulidad en los art. 46 y 47 del CC y dispone la nulidad del matrimonio con infracción de dichos impedimentos (art. 73,3 CC) salvo los casos de dispensa conforme al art. 48. La legitimación de dicha invalidez es muy amplia (art. 74 CC) lo que la acercaría a una nulidad absoluta y alguna sentencia la ha considerado imprescriptible (así, STS 19-11-2005, TOL781.266) pero, por otro lado y al mismo tiempo, se admite la caducidad de la acción (art.76.2 CC), la convalidación del negocio (vide arts 75.2 y 76 .2 CC) y se prevé limitaciones a los efectos retroactivos porque la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe (art. 79 CC)⁹³⁴. Asimismo, se prevé la sanación del matrimonio nulo por defecto de forma si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe (art. 78 CC)⁹³⁵, la convalidación del matrimonio nulo en caso de dispensa ulterior siempre que la nulidad no haya sido instada (art. 48 *if* CC) y la extinción de la acción de nulidad por muerte de uno de los cónyuges⁹³⁶.

Como vemos, por tanto, la nulidad matrimonial reúne caracteres de la nulidad absoluta (legitimación absoluta, imprescriptibilidad en algunos supuestos de la acción) pero también de la anulabilidad (posibilidad de convalidación, caducidad de la acción...). Ello ha llevado a la doctrina italiana ante similar supuesto a hablar de anulabilidad absoluta. Por el contrario, en nuestra patria nuestro TS prefiere resolver el expediente inaplicando las categorías de invalidez del contrato en atención a las características especiales del derecho de familia y del negocio jurídico formal y solemne en que consiste el matrimonio⁹³⁷. Así señalará la STS 18/12/1981 (Cdo. 4º) que «*en el ámbito matrimonial rige la autonomía de las reglas sobre nulidad en la materia, con*

933 Señala DE CASTRO que la naturaleza de los negocios de Derecho de familia se resiste a que se les aplique el sistema de la anulabilidad «*en cuanto afectan al estado civil, son de interés general y su validez no debería entregarse a la voluntad individual. Mas aquí también se abandona alguna vez lo que parece lógico, por otras consideraciones de más importancia. En efecto, el Código sanciona los vicios del consentimiento en el matrimonio (raptó, error, fuerza y miedo), concediendo la acción para pedir la nulidad exclusivamente al cónyuge que los hubiera sufrido, la que caducará por su no ejercicio en el plazo señalado en la Ley (art. 102, párs. 2 y 3). Esta regulación parece tener carácter excepcional y que no cabe extenderla a otros casos*» (DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 502).

934 Señala la RDGRN de 29/5/1993 que: «*En el plano sustantivo la nulidad de un matrimonio no tiene una eficacia retroactiva absoluta. Hay efectos personales y patrimoniales del matrimonio declarado nulo que se mantienen por aplicación de la figura del matrimonio putativo (cfr. art. 79 CC)*».

935 Señalaba la RDGRN de 20/1/1982 que: «*los graves intereses que se cruzan en el consentimiento matrimonial, que tanto compromete a las personas en sus bienes más íntimos, obligan a extremar el principio del favor negotii; y a estimar que, en concreto, el favor matrimonii impide entender que un matrimonio público y seriamente celebrado sea nulo por defecto de forma, en tanto no resulte la nulidad de textos legales indubitados*».

936 SAP de Barcelona -Secc. 12ª- de 29/10/1999 (Roj: SAP B 11336/1999).

937 Sobre teorías jurídicas acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio vide más ampliamente GUZMAN GARCIA, J.J.: *La naturaleza jurídica del matrimonio*. Tesis doctoral. Univ. Alcalá. 2002, donde concluye que el matrimonio no es un contrato *sui generis* ni un contrato complejo ni puede concebirse como institución, sino que es un negocio jurídico de Derecho de familia (pp. 418 y 420 *et passim*).

diferencias muy marcadas con las nulidades ordinarias, pues la nulidad aplicada al matrimonio sin ninguna atenuación constituiría la sanción más grave que comportan las reglas instituidas por la ley, originando que desaparecido el vínculo matrimonial no sólo para el futuro, sino también para el pasado, encontrándose los esposos transformados “retroactivamente” en concubinos, los hijos nacidos de la acción nula no tendrían la consideración matrimonial, produciéndose en definitiva turbación en el seno de la familia, resultando castigados inocentes y dando base al quebranto de la institución del matrimonio si el fenómeno se produjese con frecuencia»⁹³⁸. Posición, esta, que parece refrendar DE CASTRO que se limita a señalar que «la naturaleza especialísima del Derecho matrimonial ha originado figuras anómalas de nulidad»⁹³⁹, pero, a continuación, niega que quepa anulabilidad absoluta en el supuesto del derogado art. 102 CC (actual art. 74)⁹⁴⁰.

Como puede observarse de la argumentación que realiza el TS, la solución que da (inaplicación de las categorías de invalidez de los contratos) se debe a que parte de postulados bipartitos. Es decir, entiende que, si aplica la nulidad clásica, tal y como la ha conformado el derecho de obligaciones, necesariamente ha de predicarse de la misma los caracteres de inconvaleable (lo que choca p.ej., con los arts. 75.2 y 76.2 CC) y, asimismo, habría de predicarse el aforismo «*quod nullum est nullum produccit effectum*» (lo que contrariaría el art. 79 CC). Pero si partimos de una posición superadora de la tesis bipartita no vemos inconveniente doctrinal para entender que la nulidad matrimonial es, en realidad, una anulabilidad (porque es convaldable, puede caducar la acción etc.) absoluta (porque la legitimación es absoluta, art. 74 CC) y que se deben aplicar en materia matrimonial las categorías de invalidez del derecho contractual sin perjuicio de la existencia de especialidades puntuales (p. ej. nulidad textual en la nulidad matrimonial; virtual en derecho de contratos). La posición del TS no sólo atenta contra la deseable unidad del ordenamiento jurídico que ya defendiera DE CASTRO⁹⁴¹, sino que convierte, sin ninguna necesidad, la teoría de la invalidez contractual y de la invalidez matrimonial en compartimentos estancos.

B) Derecho sucesorio

Similar problemática plantea la aplicación de la teoría de la invalidez contractual a la materia sucesoria porque, al igual que en ella, existe jurisprudencia que resalta la peculiaridad del sector afectado⁹⁴². Analizaremos dos posibles supuestos de anulabilidad absoluta: el testamento otorgado con un vicio del consentimiento y la partición del artículo 1057.3 CC.

B1) El testamento otorgado con un vicio del consentimiento

Se ha planteado la doctrina si es aplicable a los testamentos la distinción entre nulidad e inexistencia, y entre nulidad absoluta y anulabilidad. Y con relación al art. 673 CC ha discutido nuestra doctrina sobre si el testamento afectado por alguno de los vicios del art. 673 («*será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude*») es nulo o anulable⁹⁴³. Esta es una cuestión que excede de los límites de este estudio, pero me

938STS 18/12/1981 (TOL1.739.787).

939DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 502 y 530.

940Ibíd. p. 530.

941DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 460.

942Así señala la STS 12/11/1964 (TOL4.324.345) que no pueden «*reputarse aplicable íntegramente a los testamentos, la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ser aquéllos unos negocios de estructura unilateral y comprensivos de declaraciones no recepticia*».

943En cuanto a si el error debe incluirse dentro de los de los vicios de la voluntad testamentaria cfr. el es-

gustaría realizar una aproximación:

I) **Tesis contraria a la aplicación de la anulabilidad por vicios de la voluntad en los testamentos donde solo sería posible la nulidad.** VALVERDE se opone a admitir en materia testamentaria la distinción entre nulidad absoluta y relativa⁹⁴⁴ y considera que cuando el Código habla de nulidad de testamentos equivale a la nulidad absoluta (o más bien, dice este autor, a la inexistencia⁹⁴⁵) que es imprescriptible e inconfirmable. Y ello, dice este autor, no sólo porque la forma testamentaria es esencial de modo que la voluntad expresada de otra manera no tiene valor ante la ley, sino también porque si el Código no distingue diversas formas de invalidez y, por contra, equipara los efectos del testamento nulo del art. 673 CC y los del art. 687 CC tampoco nosotros debemos distinguir. Además, añade, si el legislador hubiera querido distinguir varios grados de invalidez hubiera expresado su voluntad de modo parecido a como lo ha hecho en los contratos y a favor de esta tesis se alegan, por fin, argumentos gramaticales (el art. 673 CC señala que «*será nulo*»). Pero todos los argumentos indicados son de escasa relevancia dada la imprecisión terminológica y escaso rigor técnico de nuestro Código que regula la anulabilidad de los contratos en el capítulo denominado «*De la nulidad de los contratos*»⁹⁴⁶; argumentos gramaticales que, al menos en sede contractual, no han sido acogidos por nuestra jurisprudencia⁹⁴⁷.

También se ha alegado en contra de la anulabilidad en materia testamentaria que aquella forma de invalidez se caracteriza por conceder una serie de facultades (hacer que se declare la nulidad del negocio, confirmarlo y dejar que caduque la acción de restitución) a quien sufrió la incapacidad o el vicio del consentimiento (o a su representante legal) siendo imposible dicha atribución aquí porque el testamento se perfecciona en el momento de fallecer el testador⁹⁴⁸. La facultad de pedir la nulidad del testamento se ha considerado que correspondería a cualquiera que ostente un interés legítimo. «*mas, si ello fuera así, concluye DE CASTRO, parece haberse abandonado el sistema de la anulabilidad y aceptarse el de la nulidad*»⁹⁴⁹ porque ninguno de dichos interesados puede confirmar el testamento viciado y tampoco parece aplicable el sistema de la caducidad del art. 1.301 CC ya que si el *dies a quo* para iniciar el cómputo fuera el día que cesó la intimidación o violencia, podrá haber caducado la

tado de la doctrina en SANCHEZ CALERO, F.: «Comentarios al art.673 Cc», ob. cit. Se hace eco expresamente de dicho debate doctrinal la STS 29/01/2008 (TOL1.256.787) cuando señala: «*es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo (del error) en aquel precepto (en el art. 673) debe ser corregida por una aplicación del art. 1.265, en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos*».

944VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*. T. V. Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa. 2ª edición. Valladolid. 1921, pp. 139-142.

945VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado...*T. V. ob. cit. pp. 141-142. Téngase en cuenta que, aunque nominalmente VALVERDE no plantea la alternativa entre nulidad y anulabilidad, sino entre inexistencia y nulidad, materialmente sí que la plantea, habiéndose de entender puesta al día la terminología que el autor emplea (CAPILLA RONCERO, F.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 35 n. 95).

946SANCHEZ CALERO, F.J.: «Comentarios al art.673 CC» en *Comentarios Edersa*. T. IX, Vol. 1º-A.

947En efecto, en sede contractual ya la STS de 29-1-1983 (Pte BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.) también interpretó idéntica expresión (ant. art.20 LSRL «*serán nulas las transmisiones a persona extraña a la sociedad que no se ajusten a lo establecido en la escritura social o, en su defecto, a lo prevenido en este artículo*») en un sentido amplio concluyendo que dicho artículo contenía a pesar de la expresión «*serán nulas*» un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho aludiendo, entre otros argumentos a la conocida falta de rigor técnico de nuestro código en materia a de nulidades y a que la expresión «*serán nulas*» es un «*modo de expresarse los preceptos legales, que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independientemente del contenido interno, comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa)*» (sentencia comentada por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 936 y 982-983).

948DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 503.

949Ibíd. 503.

acción antes de fallecer el causante, aunque éste no estuviere en condiciones de revocar el testamento⁹⁵⁰. Por tanto, como concluye DE CASTRO, si la finalidad de la invalidez del testamento otorgado con vicio del consentimiento es respetar la voluntad del testador la solución más adecuada será acordar la nulidad absoluta del testamento pues este no fue querido por aquel⁹⁵¹.

Sin embargo, dichos argumentos tampoco son definitivos. Y ello porque el testador no carece, según un sector doctrinal encabezado por LACRUZ, de facultades de impugnar su propio testamento en circunstancias excepcionales (en circunstancias normales al testador le es suficiente con revocar el testamento) como ocurre si pierde la capacidad para testar con posterioridad al otorgamiento de un testamento viciado por violencia, dolo o fraude⁹⁵². En dicho caso, entiende LACRUZ, sus representantes legales estarían legitimados para impugnar la validez del testamento, puesto que a él no le sería posible revocarlo.

II) Tesis favorable a la anulabilidad por vicios de la voluntad en los testamentos. Se ha defendido por la doctrina mayoritaria la aplicación de la distinción nulidad-anulabilidad propia de los contratos también al ámbito del testamento⁹⁵³. Destaca LACRUZ quien se inclina por admitir una pluralidad de regímenes de invalidez a los que se aplicarían, como supletorias, adaptadas en lo posible, las normas de los contratos⁹⁵⁴. Dichos regímenes serían: una nulidad insanable (cuando falta absolutamente el consentimiento, la capacidad natural, la forma fundamental -art. 687 CC- o se infringen los arts. 669 o 670 CC), una nulidad por vicios de forma cuando el testamento objetivamente existe y no es pura apariencia (en cuyo caso no es susceptible de confirmación, pero la acción de nulidad prescribe) y una anulabilidad por defecto no sustancial de capacidad del otorgante o por vicios materiales -violencia, dolo o fraude y también el error propio⁹⁵⁵- (y en dicho supuesto de anulabilidad la acción prescribe, es renunciable y el negocio es susceptible de confirmación por los herederos con derecho a impugnarlo etc.⁹⁵⁶). Y en defensa de la admisibilidad de dicha diversidad de grados de invalidez esgrime varios argumentos: en primer lugar, que, si la ley valora diversamente los defectos de capacidad y vicios de la voluntad del contratante, frente a los defectos de forma del contrato o a la infracción de los límites legales, no es razonable que no suceda igual en materia testamentaria, pues el hecho de no ser la del heredero la voluntad viciada no debería influir sobre tal diferencia de valoración. En segundo lugar, que del CC se deduce la necesidad de distinguir un grupo de defectos del testamento que en el contrato tienen un trato más estricto (defectos de capacidad y vicios de la voluntad: plazos más breves de impugnación y círculo más limitado de impugnantes), y otros de mayor alcance. Y en tercer y último

950Ibíd. 503.

951Ibíd. 504. Se adhiere a esta postura GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Curso...* (1969), ob. cit. p. 208.

952LACRUZ BERDEJO, J. L.: Anotaciones a J. BINDER, *Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho Español por J.L. LACRUZ BERDEJO. Ed. Labor. Barcelona. 1953 pp. 86, 87 y 90. cit. por SANCHEZ CALERO, F.: «Comentarios al art. 673 Cc», ob. cit. y por CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 44 n. 125. En contra de que el testador pueda impugnar su propio testamento, entre otros, JORDANO BAREA, J.B.: *Teoría general...*, ob. cit. p. p. 87 n. 74 y CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 52.

953De mayoritaria califica CAPILLA esta posición con cita de numerosa doctrina (CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 37 n. 104). Entre muchos otros diferencian claramente entre testamento radicalmente nulo y anulable VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Panorama del Derecho de sucesiones. II. Perspectiva dinámica*. Ed. Civitas. Madrid. 1984, pp. 202 y ss.

954LACRUZ BERDEJO J. L. *et al.*: *Elementos...* T.V. [1993], pp. 257-259. Se adhiere expresamente a esta tesis que sostiene la anulabilidad de los testamentos por vicios de voluntad entre otros SANCHEZ CALERO (en SANCHEZ CALERO, F.: «Comentarios al art.673 Cc», ob. cit.).

955Ibíd. pp. 229 y 230.

956Ibíd. pp. 258-259.

lugar que no existiendo un precepto que imponga un único régimen para todos los defectos del testamento ni un régimen legal al modo del de la anulabilidad de los contratos, es más urgente el recurso a la analogía⁹⁵⁷.

III) **Tesis contraria a la aplicación de las categorías de la nulidad y anulabilidad a los testamentos.** Parte CAPILLA de que la ineficacia del testamento en nuestro Derecho se encuentra parcial, fragmentaria e insuficientemente regulada lo que plantea los lógicos problemas de integración del exiguo régimen jurídico de la ineficacia del testamento⁹⁵⁸. Así todo, y si bien defiende no desvincular el testamento de la teoría general del negocio jurídico⁹⁵⁹, señala que no debemos realizar una traslación automática de las soluciones concretas alcanzadas para puntos específicos del negocio jurídico al ámbito testamentario porque dicha traslación solo será posible si no existe incompatibilidad de fundamento y estructura o disfuncionalidad del resultado práctico y, en todo caso, deberá realizarse atendiendo a los específicos caracteres del fenómeno sucesorio y del negocio testamentario⁹⁶⁰.

Por ello, considera CAPILLA que no cabe predicar la traslación general de los regímenes típicos de invalidez contractual (nulidad y anulabilidad) al ámbito del testamento⁹⁶¹ ni cabe aplicar las categorías de la nulidad y de la anulabilidad a los testamentos, pero sí debe distinguirse en sede testamentaria, al igual que se hace en sede contractual, entre acción declarativa de la ineficacia estructural y la acción materiales o de condena que se abren paso como consecuencia del triunfo de la pretensión de ineficacia⁹⁶². Y entiende que esta acción declarativa de ineficacia del testamento, supone un único régimen de ineficacia *sui generis* del testamento⁹⁶³, conclusión a la que llega tras analizar, desde una posición no conceptualista, las cuestiones de régimen jurídico concreto en los que la alternativa nulidad-anulabilidad reviste mayor trascendencia (legitimación, apreciabilidad de oficio, prescriptibilidad, convalidación) y observar que la invalidez testamentaria no se ajusta a ninguno de dichos regímenes típicos de invalidez que ofrece la teoría general de las nulidades contractuales. Y no se ajusta porque la invalidez testamentaria es una invalidez con una legitimación absoluta, no apreciable de oficio, en principio imprescriptible (aunque de modo indirecto, como veremos, prescribe), renunciable y donde la convalidación por los interesados implica un nuevo contrato entre los sucesores y no una subsanación, por estos, del negocio testamentario. Creo que merece la pena desglosar cada uno de estos puntos:

A) **Legitimación activa**, señala CAPILLA que pueden ejercitar la acción declarativa de nulidad todo aquel que ostente un interés legítimo y actual en obtener la tutela que se pide que, en esencia, serán, al menos, todas aquellas personas que saldrían beneficiadas como consecuencia de la estimación de la nulidad del testamento en la medida en que se les reconocería la titularidad activa de las acciones materiales que se abren paso como consecuencia de la declaración de nulidad⁹⁶⁴. Igualmente,

957Ibíd. p. 257-258.

958CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 17 y 18.

959Ibíd. p. 6. Y ello, dice, porque el testamento, respetando los deberes de solidaridad familiar asegura- dos mediante las normas de la sucesión forzosa, es manifestación -la última- del poder de disposición de sus bienes que corresponde al propietario.

960Ibíd. p. 6.

961Ibíd. p. 32.

962Ibíd. p. 40. En la realidad, dice CAPILLA RONCERO, no se produce el ejercicio de la acción mera- mente declarativa de nulidad del testamento, sino que va ella implícita en el ejercicio de las acciones materiales, de cuyo triunfo es presupuesto (ibíd. p. 84).

963Ibíd. p. 41.

964Ibíd. p. 43. Es decir, señala CAPILLA RONCERO, los llamados, por cualquier título, por virtud de la

ostentan legitimación activa los herederos de esos legitimados, fallecidos sin renunciar a la acción o hacer imposible su ejercicio, el albacea designado en el testamento anterior al que se impugna y los acreedores de los herederos a través de la acción subrogatoria⁹⁶⁵. Por contra, no estarán legitimados activamente ni los acreedores del causante (porque estos carecen de interés relevante en que los destinatarios finales de la sucesión sean unos u otros sujetos⁹⁶⁶) ni, frente a la tesis de LACRUZ, el propio testador o sus representantes legales⁹⁶⁷, no sólo porque en vida del testador no existe persona alguna que ostente legitimación pasiva en tal pleito⁹⁶⁸, sino también porque el testador dispone de un medio más sencillo para conseguir la ineficacia del testamento defectuoso: le basta simplemente revocarlo⁹⁶⁹.

B) Apreciabilidad de oficio Entiende CAPILLA que la invalidez testamentaria no es apreciable de oficio pues no hay interés general alguno objeto de agresión, sino sólo intereses privados y disponibles. Y, en este sentido, concluye este autor, falla una de las notas típicas de la nulidad radical: la apreciabilidad de oficio⁹⁷⁰.

C) Prescripción. Considera CAPILLA que la acción de nulidad del testamento es meramente declarativa y, en consecuencia, imprescriptible, fuera cual fuese la causa de nulidad y el defecto de que padezca el testamento⁹⁷¹ si bien, como el interés del legitimado activamente debe ser «*actual*», en el fondo y de una manera indirecta cabe decir que el plazo de la declarativa coincide con el de la acción de restitución (en el caso de testamento con la *actio petitio hereditatis*)⁹⁷². Asimismo, vincula la prescripción de las acciones materiales (e indirectamente de la declarativa) con la usucapición por los favorecidos en el testamento defectuoso (herederos aparentes) sobre los bienes hereditarios, usucapición que entiende que no podrá ser ordinaria en el caso de títulos nulos y que impediría la efectividad de la hipotética condena de entregarlos a las personas verdaderas beneficiarias ante la ineficacia del testamento⁹⁷³.

D) Renunciabilidad. A la vista de que la nulidad del testamento es nulidad de interés privado, considera renunciable la acción material de restitución (*actio petitio hereditatis*). En consecuencia, renunciada la acción material, el renunciante carecerá del interés preciso para ejercitar la acción declarativa de nulidad del testamento⁹⁷⁴.

sucesión reviviscente, caso de prosperar la acción de nulidad, ya sean llamados como herederos abintestato, ya estén designados en el testamento anterior, que no quedaría revocado si prospera la nulidad del que se impugna (ibíd. p. 45). Sigue señalando este autor que extender más allá de tales sujetos el círculo de legitimados parece dudoso porque si bien existen autores que proponen extender la legitimación activa hasta donde alcance el *ius vocationis*, y no sólo a aquéllos en cuyo favor se defiera el "*ius delationis*" CAPILLA se muestra contrario ya que, si se admitiera, hasta el Estado estaría legitimado activamente ante la eventualidad, p.ej., de que todos los antepuestos fueran repudiando sucesivamente lo que multiplicaría la inestabilidad del fenómeno sucesorio a la vista del gran número de sujetos que podrían pleitear en sucesiones a las que, de hecho, son ajenos (ibíd. p. 46).

965Ibíd. p. 46.

966Ídem.

967Ibíd. p. 44.

968Insiste en este argumento de ausencia de legitimado pasivamente en vida del testador JORDANO BARRERA, J.B.: *Teoría...*, ob. cit. p. 87 n. 74 y VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Panorama...* II. ob. cit. p. 201.

969CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 43.

970CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 49. Por contra, a favor de la apreciabilidad de oficio se decanta en la doctrina, entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Panorama...* II. ob. cit. p. 193; y en nuestra jurisprudencia la STS 21/04/1986 (TOL1.735.222).

971Ibíd. p. 58.

972Ibíd. pp. 59 y 63.

973Ibíd. p. 64.

974Ibíd. pp. 67-69.

E) La «convalidación» del testamento por los interesados⁹⁷⁵. La jurisprudencia y la doctrina de la DGRN han admitido que si los interesados en la nulidad aceptan la validez del testamento con conocimiento de la irregularidad no pueden ya ejercer la acción de nulidad pues, de algún modo, se habría convalidado o sanado el testamento irregular⁹⁷⁶. Y dicha convalidación se ha admitido no sólo respecto de los testamentos nulos por defectos de forma sino también en supuestos de defecto de capacidad o vicios del consentimiento⁹⁷⁷ excluyéndose expresamente respecto de los radicalmente nulos⁹⁷⁸. Para explicar la naturaleza de este fenómeno se han propuesto diversas teorías⁹⁷⁹: la teoría de la sanación objetiva del testamento nulo que tras la «convalidación» se convierte en válido⁹⁸⁰; la teoría de que, en realidad, esa convalidación es una renuncia a la acción de nulidad del testamento⁹⁸¹ o una pérdida de la acción por actos propios⁹⁸² y, por último, la teoría defendida por CAPILLA que propone reconocer a los interesados un ámbito restringido de autonomía frente a la «ley de la sucesión» (ya sea ésta la voluntad del causante expresada en el testamento, ya sea la Ley que regula la sucesión intestada), señalando que cuando los interesados acuerdan respetar como válido un testamento con tacha de nulidad están ejerciendo (por referencia o remisión a un elemento ya creado) dicho ámbito restringido de libertad por lo que, en ese caso, se aplicará el contenido de ese testamento, pero no por su fuerza de ser testamento (que no lo es, por ser nulo), sino por la fuerza del contrato entre los interesados, contrato que tiene siempre eficacia constitutiva, es decir, que crea una situación previamente no existente⁹⁸³.

975La confirmación o convalidación del testamento por el propio testador en vida como señalaba LA-CRUZ BERDEJO (en *Elementos...* T. V. ob. cit. p. 261) tiene un interés fundamentalmente académico. No obstante, véase más ampliamente la opinión de CAPILLA RONCERO en esencia contraria a dicha confirmabilidad (en CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 69-72). Acerca del tema de la confirmación por el propio testador o por los interesados en la impugnación vide, más ampliamente, SANCHEZ CALERO, F.: «Comentarios al art.673 Cc», ob. cit.

976CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 73. Vide las sentencias y resoluciones citadas en pp. 73 n. 228, 229 y 230.

977Así, la STS 14/06/1963 (TOL1.741.259). En el caso sometido a dicha sentencia el demandante solicitaba la nulidad del testamento alegando la falta de capacidad de la testadora y la captación de su voluntad por los herederos demandados. Pues bien el TS desestima el recurso de casación denegando dicha nulidad porque dichas «*causas no podían, caso de existir, ser desconocidas por los recurrentes en cuya casa habitaba la testadora*» por lo que se presume «*que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento, ni existió error en sus manifestaciones, ni podían desconocer las causas de impugnación que ahora alegan y al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento*».

978Señala la STS 05/11/2009 (TOL1.748.175) que es admisible la convalidación en sede testamentaria siempre, «*claro está, que el testamento no sea radicalmente nulo*». Por último, se ha admitido la posibilidad de conversión del testamento nulo en el caso de la DT de la Ley 30/1.991, de 20 de diciembre (STS 14/10/2008, TOL1.386.055).

979Un resumen de estas opiniones en CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.: «La "sanatoria excepcional" de disposiciones testamentarias nulas en el derecho español» *RDP* Vol. 61. N.º. 8 1977, pp. 635 y ss.

980Tesis sostenida por SERRANO ALONSO, E.: *La confirmación...*, ob. cit. p. 86 donde señala, con base en el Derecho Francés e italiano, que: «*por la confirmación (del testamento) el acto deviene perfecto y válido como si jamás hubiese estado afectado por un vicio que originaba su nulidad, la confirmación produce la sanación completa del negocio*». Tesis fuertemente criticada por CAPILLA RONCERO («Nulidad...», ob. cit. p. 79) porque, admitirla sería tanto como sostener la idea inaceptable de que la actuación de los sucesores afecta al negocio en sí, o que se remueven los defectos padecidos por el negocio y, por tanto, los sucesores intervienen en el testamento, que no sería plenamente tal hasta la «convalidación». Y, desde luego, sostener que, en realidad, tal no sucede, pero que el ordenamiento actúa «*como si*» sucediera (esto es, una ficción), resulta una explicación en exceso pobre que nada aclara.

981Tesis de CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.: «La "sanatoria excepcional"...», ob. cit. pp. 643 y ss.

982DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 503 n. 15.

983CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 80 y ss. Dicho ámbito de autonomía existe, más allá del caso de la «convalidación» del testamento (vide p.ej., arts. 1058, 1062 CC) (ibid. p. 80).

IV) **Teoría de la anulabilidad absoluta.** Entiende ALBALADEJO, en sus anotaciones a CARIOTA, que el concepto de anulabilidad absoluta es aceptable en nuestro derecho considerando como «*casos seguros de la misma en el Derecho español los de testamento otorgado con vicio de la voluntad (CC art. 673 y 767)*»⁹⁸⁴. No añade dicho autor ninguna fundamentación añadida a dicha conclusión entendiendo nosotros que se opone a tal calificación el hecho de que no quepa en sentido propio una convalidación del negocio testamentario por lo que se tratará, a lo sumo, de una anulabilidad absoluta atípica.

V) **Toma de postura.** La teoría de CAPILLA tiene la innegable virtud de afrontar la calificación de la invalidez desde una perspectiva alejada del excesivo conceptualismo y alejada, asimismo, de un sistema axiomático-deductivo⁹⁸⁵, así como mostrarnos la insuficiencia de la tesis bipartita de las nulidades para dar solución al problema de la invalidez del testamento. Dicha invalidez del testamento no puede configurarse como una anulabilidad clásica porque la legitimación es absoluta⁹⁸⁶ y porque no cabe, en sentido propio, una convalidación del negocio testamentario (ya que la llamada convalidación del testamento no es propiamente tal, sino, según la teoría que se siga, mera renuncia a la acción de nulidad, pérdida de la acción por actos propios o nuevo contrato entre los interesados). Pero tampoco cabe configurar toda invalidez testamentaria como una nulidad radical porque se protege un interés privado lo que conlleva, aunque como vimos exista doctrina y jurisprudencia en contra, su no apreciabilidad de oficio y porque numerosa jurisprudencia impide ejercitar la acción de nulidad a aquellos que expresamente o tácitamente hayan reconocido su validez en aplicación de la doctrina de los actos propios (doctrina que, recordemos, no es aplicable según la doctrina mayoritaria a los actos nulos)⁹⁸⁷.

No obstante, a su vez, la teoría de CAPILLA adolece de un innegable rigorismo al tratar de someter todos los diversos casos de invalidez testamentaria a un único régimen de ineficacia *sui generis* del testamento. No cabe, a mi entender, sujetar a un mismo régimen legal de invalidez supuestos tan diversos como es el vicio del consentimiento con supuestos de nulidad insanable por faltar absolutamente el consentimiento, la capacidad natural, la forma fundamental o por infringirse los arts. 669 o 670 CC. Como decía LACRUZ si la ley valora diversamente los defectos de capacidad y vicios de la voluntad del contratante, frente a los de forma del contrato o a la infracción de los límites legales, es ilógico que no suceda igual en tema de testamento y, por otro lado, no existiendo un precepto que imponga un único régimen para todos los defectos del testamento debe recurrirse a la analogía por lo que será

984ALBALADEJO, M. en sus anotaciones a CARIOTA FERRERA, L: *El negocio...*, ob. cit. p. 299.

985Así, lo reconoce CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 41. Y es que, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que, en posición bipartita, primero califica el negocio como nulo o anulable y de ahí hace derivar inexorablemente el régimen jurídico sobre legitimación, prescripción, convalidación etc., este autor sigue el camino inverso: primero analiza los elementos y luego da nombre al régimen de invalidez.

986Ibid. p.36.

987Ya advierte esta contradicción entre legitimación amplia que la acerca a la nulidad e interés protegido que lo aproxima a la anulabilidad SANCHEZ CALERO si bien dicho autor lo resuelve entendiendo que prevalece la anulabilidad porque el interés lesionado es particular. Así, señalará que: «*Fallecido el testador, es cierto que se produce una amplia legitimación activa que, según algunos autores, no es propia de un supuesto de anulabilidad, sino más bien de nulidad*» pero para determinar si el acto es nulo o anulable debe atenderse, dice este autor, no solo a ese criterio sino al interés lesionado: si es público será nulo; si es particular será anulable. Y concluye que en el testamento «*los vicios de la voluntad lesionan los intereses de las personas que hubieran resultado beneficiadas por los efectos derivados de la verdadera voluntad del causante, y a las cuales se les faculta para actuar en defensa de su interés*» (en SANCHEZ CALERO, F.: «Comentarios al art.673 Cc», ob. cit.).

preciso distinguir una pluralidad de regímenes de invalidez testamentaria⁹⁸⁸. Pluralidad de regímenes que recoge la jurisprudencia cuando p.ej., en la ya citada STS 05/11/2009 señala que la convalidación del testamento solo es posible cuando el testamento no sea radicalmente nulo.

Por tanto, la invalidez del testamento no encaja en el molde de la teoría bipartita, pero tampoco dicha invalidez puede configurarse como un régimen unitario de ineficacia porque dentro del mismo, como dice LACRUZ, es preciso distinguir una diversidad de grados de invalidez desde la más radical sanción de nulidad insanable para supuestos p. ej. de ausencia de la forma fundamental (v.gr. ausencia de autografía en el testamento ológrafo o notario en el abierto) a la invalidez del testamento en que concurren vicios del consentimiento respecto del cual LACRUZ afirmará que se da un supuesto de anulabilidad (sin matizar)⁹⁸⁹ y nosotros creemos que se da un supuesto atípico de anulabilidad absoluta con ciertos matices especiales porque no es convalidable. En efecto, es anulabilidad porque el interés protegido es privado (dato que, siguiendo a GORDILLO o LUTZESCO, supone un fuerte indicio de que estamos ante dicha forma de invalidez), pero, al mismo tiempo, la legitimación activa es absoluta ya que corresponde a todos los que tengan un interés legítimo y actual⁹⁹⁰. No obstante, es una anulabilidad absoluta con matices porque el negocio testamentario no es convalidable ya que comparto la teoría de que en los supuestos que recoge la jurisprudencia de convalidación no se sana el vicio del negocio testamentario, sino que simplemente, como señalaba CLAVERIA GOSALVEZ, se renuncia a la acción de nulidad del testamento o, siguiendo a CAPILLA, se celebra un nuevo contrato entre los interesados. En cuanto a la prescripción, y por las razones ya expuestas en este trabajo, no podemos aceptar la teoría de CAPILLA de la imprescriptibilidad de la acción declarativa, sino que entendemos más adecuado, a la vista del carácter anulable del contrato, el plazo de cuatro años del art. 1301 CC que ya defendiera LACRUZ y que debería aplicarse por analogía⁹⁹¹.

Por último, afirmar -como afirmamos- que la invalidez testamentaria es a su vez un conjunto de regímenes típicos (caso de la nulidad radical del testamento) y atípicos (caso de la anulabilidad absoluta, con los matices expuestos, del testamento en que concurre vicio del consentimiento) permite, y sin perjuicio de especialidades concretas determinadas por las especiales características del negocio testamentario⁹⁹², mantener la unidad del ordenamiento jurídico y no fraccionar innecesariamente la teoría de la invalidez contractual y de la invalidez testamentaria en compartimentos estancos. No

988LACRUZ BERDEJO J. L. *et al.*: *Elementos...*T.V. ob. cit. pp. 257-258.

989Ibíd. p. 259.

990Señala la RDGRN 26-9-1904 (cit. por LACRUZ BERDEJO J. L.: *Elementos...*T.V. ob. cit. p. 261) que: «sólo a los interesados compete suscitar cuestión acerca de la validez de los testamentos, sin que sea lícito a los funcionarios públicos poner en tela de juicio tal validez (salvo habiendo delito)».

991La doctrina mayoritaria opta por aplicar a las disposiciones testamentarias con vicio del consentimiento el plazo de prescripción del art. 1964.2 CC (cfr. la doctrina citada por CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 56 n. 172 y p. 57 n. 174; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 504). No obstante, LACRUZ entiende que es aplicable, analógicamente, el plazo de 4 años del 1301 CC (LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*: *Elementos...*T.V. ob. cit. p. 260) tesis a la que parece adherirse VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Panorama...*II. ob. cit. p. 202. Sobre otros autores que recogen la teoría de LACRUZ vide CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 57 n. 173.

992Así, p.ej., en los testamentos ex art.743 CC rige, a diferencia de los contratos, formalmente la regla de **nulidad textual** si bien el alcance práctico de tal norma, señala CAPILLA, es limitado no sólo porque, en ocasiones, se formulan las causas de nulidad en términos imprecisos (vide art. 687 CC) sino, asimismo, porque se admite que también serán ineficaces los testamentos cuando resulte incompatible su validez con los requisitos indispensables exigidos por el Código para tal validez, aunque no exista norma expresa que determine la ineficacia (CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 12 y doctrina y jurisprudencia citada en n. 19).

tiene sentido tener, dentro del mismo derecho privado, una teoría de la invalidez en materia matrimonial, otra en materia contractual y otra en materia testamentaria cada una con sus propios grados, sus propios principios, su propia dogmática. Es más acorde a la unidad, al menos del derecho privado, reconocer una base común de la teoría general de la invalidez (al menos lo relativo a las formas generales y la posibilidad de la invalidez atípica etc.) sin perjuicio de concretas especialidades derivadas de las exigencias del concreto sector.

B2) La partición del artículo 1057.3 CC: de la anulabilidad absoluta a la anulabilidad clásica.

Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por LO 1/1996, de 15 de enero, el art. 1057.3 CC disponía que, en caso de comisario-contador partidador nombrado por el testador (art. 1057.1 CC) o en caso de contador partidador dativo nombrado por el Juez (art. 1057.2 CC), si entre los coherederos había algún menor de edad o sujeto a tutela *«el Comisario deberá... inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios»*. Si bien el TS sostuvo en alguna sentencia antigua que la falta de inventario o citación a los coherederos, acreedores y legatarios era un supuesto de nulidad absoluta (STS 16/05/1955 cit. por la STS 08/03/1999) tal riguroso criterio, como señala la STS 08/03/1999 (TOL1.704), fue atenuado por la jurisprudencia posterior que calificará la sanción de anulabilidad (así, STS 17/12/1988, TOL1.733.974) y, en consecuencia, admitirá la convalidación por confirmación o prescripción. Ello permitió pensar a DELGADO y PARRA que dado que se trataba de un supuesto de anulabilidad y que la legitimación era muy amplia (coherederos, acreedores y legatarios) se trataba de un caso de *«anulabilidad absoluta»* o con legitimación ampliada⁹⁹³.

Tras la modificación del art.1057.3 CC por LO 1/1996, de 15 de enero dicho apartado solo exigiría citar al inventario a los representantes legales o curadores de los sujetos a patria potestad, tutela o curatela y, dice la STS 08/03/1999 (FJ 7º) *«sólo a éstos»*⁹⁹⁴. No obstante, la jurisprudencia (STS 08/03/1999) siguió manteniendo que, aun tras la reforma de dicho art.1057.3 por LO 1/96, la partición defectuosa por faltar la citación a inventario era un caso de anulabilidad por lo que podía ser convalidada por confirmación expresa o tácita y ello a pesar de los términos imperativos del precepto (*«observará»*, *«deberá»* ...). Por tanto, dado que se trata de un supuesto de anulabilidad pero esta, actualmente, tiene una legitimación reducida⁹⁹⁵ se habrá producido una evolución de la antigua anulabilidad absoluta del art. 1057.3 CC (en su redacción anterior a la LO 1/96) a una anulabilidad relativa (o clásica) del art. 1057.3 CC tras su reforma primero por LO 1/1996 y después por Ley 8/2021.

2.2.7 Nulidad relativa de pleno derecho.

2.2.7.1 Introducción

993DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 34-35.

994Actualmente, el art 1057.3 CC ha recibido nueva redacción por la Ley 8/2021, de 2 de junio, quedando redactado actualmente dicho art 1057.3 y 4 así: *«Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidador deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas»*.

995Ahora, tras la redacción dada al art. 1057.3 y 4 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, sólo podrán impugnar la partición los sujetos a la patria potestad, tutelados y, en su caso, los coherederos que tuvieran medidas de apoyo a través, en su caso, de sus representantes legales o curadores y no como antes que podía impugnarla cualquier coheredero, acreedor o legatario.

De modo impropio, y confundiendo el género con la especie, la doctrina mayoritaria denomina a la anulabilidad como nulidad relativa⁹⁹⁶. Confunde, como decimos, el género con la especie porque la nulidad relativa simplemente alude a la limitación de la legitimación. Pero dicha nulidad relativa puede ser provocada (y, en ese caso, nos encontramos ante la anulabilidad clásica), pero también puede ser de pleno derecho (de pleno derecho porque no es necesario ejercitar la acción de anulación para que exista esa ineficacia frente a lo que sucede en la anulabilidad). Por tanto, la nulidad relativa de pleno derecho será aquella forma de invalidez que ampara intereses particulares⁹⁹⁷, sólo puede hacerse valer por determinados sujetos⁹⁹⁸ (nulidad, por tanto, relativa), pero que no precisa declaración judicial previa ni previa impugnación del negocio (opera *ipso iure* o de pleno derecho). Obviamente, como sucede en la nulidad absoluta de pleno derecho, cuando alguien se ampare en la existencia de una apariencia de validez, es preciso, al estar prohibido en nuestro ordenamiento la realización arbitraria del propio derecho, interponer la acción dirigida no a atacar el negocio ni a borrar sus efectos (que ya faltan desde antes), sino a destruir esa apariencia de validez, haciendo constar que la realidad ha quedado inmutable a pesar del negocio. La sentencia será declarativa porque tiende solamente a constatar la existencia del defecto que acarrea nulidad⁹⁹⁹ y no origina la invalidez, sino que expresa que existía¹⁰⁰⁰.

2.2.7.2 La admisibilidad de la nulidad relativa de pleno derecho en el derecho español.

A) Teoría clásica contraria a la nulidad relativa de pleno derecho

Como vimos, el derecho romano conocía supuestos de nulidad relativa de pleno derecho y los pandectistas alemanes, dice DE CASTRO¹⁰⁰¹ discutieron ya sobre la existencia y utilidad de tal figura¹⁰⁰². En la doctrina italiana, si bien dicha figura ha sido defendida por un sector¹⁰⁰³ la mayoría se han mostrado en contra alegando «*que es un concepto falso y absurdo, ya que el ser y el no ser son términos contrapuestos y que en el Derecho positivo italiano no se dan casos de esa nulidad relativa*»¹⁰⁰⁴. Así, p.ej., CARIOTA FERRERA se muestra contrario a admitir en abstracto la nulidad relativa de pleno derecho (sí admite, por contra, la anulabilidad absoluta) porque el ser y el no ser son términos contrapuestos por lo que no es admisible que si la parte legitimada para pedir la declaración de nulidad no la ejercita valga como sucedido lo que no ha sucedido¹⁰⁰⁵. Y si bien *lege lata* el art.1421 Código Civile parece admitir las nulidades relativas, al establecer que la nulidad puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés y que puede ser apreciada de oficio por el Juez, «*salvo diversas disposiciones legales*», ni aun así cabe

996CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 279 *et passim*.

997LACAYO ARANA, M.A.: *La buena fe...*, ob. cit., p. 279.

998CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 284.

999CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad...», ob. cit. p. 24.

1000ALBALADEJO GARCIA, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 858.

1001DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530.

1002El BGB recoge en § 135 una «*ineficacia relativa*» cuando un negocio dispositivo choca con una prohibición legal dada para la protección de ciertas personas, pero considera DE CASTRO que el § 135 BGB «*mejor que nulidad relativa, vendría a ser una anulabilidad de alcance más general, y no encerrada en el marco estricto de los artículos 1.300 y 1.301 del CC*» (ob. cit. p. 530) y, a nuestro entender, dicho § 135 BGB es más un supuesto de inoponibilidad que de nulidad relativa (al menos con el sentido que en este trabajo damos al adjetivo «*relativa*»).

1003Cfr. DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530 y n. 4 con cita de doctrina.

1004Cfr. DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530.

1005CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 284 y 285.

encontrar, dice este autor, en el derecho italiano ningún supuesto de dicha forma de invalidez¹⁰⁰⁶.

En la doctrina española clásica DE CASTRO rechaza esta figura salvo, quizá, en materia matrimonial¹⁰⁰⁷. También ALBALADEJO, en sus anotaciones a Cariota Ferrera, se muestra contrario a la nulidad relativa de pleno derecho señalando que, a su juicio, en la fecha de redacción de dichas anotaciones (1956), no existían casos de ella en nuestro derecho¹⁰⁰⁸. Y, aunque no la rechace, EGUSQUIZA BALMASEDA parece oponerse a una posible extensión automática de las nulidades relativas de pleno derecho salvo que las mismas se encuentren normativamente delimitadas (es decir, parece aceptar una nulidad relativa de pleno derecho siempre que la norma la configure expresamente pero no por deducción del intérprete)¹⁰⁰⁹.

B) Teoría moderna favorable a la nulidad relativa de pleno derecho

En la doctrina moderna parecen mostrarse a favor DELGADO y PARRA quienes, tras señalar como cada vez es más necesario abordar sin prejuicios la dogmática de las sanciones de nulidad y conceder un espacio de libertad de configuración al punto de tolerar la existencia de “anulabilidades absolutas” o “nulidades relativas”¹⁰¹⁰, añadirá que podría así ocurrir que se limitara a ciertas personas (o se excluyera a algunas) el ejercicio de la acción, pero que dicha invalidez fuese, al tiempo, inconvalidable e imprescriptible (“nulidad relativa”)¹⁰¹¹.

Asimismo, en la doctrina moderna, señaladamente PASQUAU, ha defendido la existencia de dichas nulidades relativas de pleno derecho en posición, que comparto, superadora de la tesis bipartita. En efecto, aparte de los casos que calificaremos a lo largo de este trabajo como de nulidad relativa de pleno derecho PASQUAU califica la nulidad prevista en art. 8 y 9 de la LCGC de nulidad relativa de pleno derecho porque las cláusulas son nulas de pleno derecho (art. 8 LCGC) pero la legitimación, en virtud del art. 9 LCGC, está limitada al adherente¹⁰¹² habiendo llegado MIQUEL a afirmar con razón que: «una nulidad de pleno derecho relativa no es ninguna contradicción en los términos» y, como tal, podemos considerar la ineficacia contenida en el art. 8.1 LCGC¹⁰¹³. También, recientemente CLAVERIA GOSALVEZ, en posición aislada que igualmente comparto, ha entendido que cuando se realice una donación de inmuebles con infracción del requisito de forma del art. 633 CC aunque, a primera vista, podría pensarse que se trata de una nulidad de interés público (dada la necesidad de claridad y certidumbre en las relaciones jurídicas), ello sería contrario al sistema antiformalista español por lo que considera que solo podrán invocar la nulidad por inobservancia de la forma exigida *ad*

1006Ibid. pp. 286-287.

1007Reconoce DE CASTRO que la naturaleza especialísima del Derecho matrimonial ha provocado figuras anómalas de nulidad y así el Derecho canónico limita los legitimados para entablar la acusación de nulidad del matrimonio y el CC señalaba, en redacción derogada, que en el matrimonio nulo por impotencia la acción de nulidad corresponde a ambos cónyuges y a quienes tengan interés en la nulidad, pero no al Fiscal (ant. art. 102, CC). (Cfr. DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 530).

1008ALBALADEJO, M. en sus anotaciones a CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. p. 287.

1009EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A.: «Cuestiones conflictivas...», ob. cit. pp. 72- 73.

1010DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentarios Edersa*, t. XVII, vol. 2, 1995, pp. 301-302.

1011DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades...*, ob. cit. p. 35.

1012PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario...», ob. cit. p. 278.

1013MIQUEL, J. M. «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios...*, ob. cit. p. 475.

substantiam por el art. 633 CC el donante y, en su caso, sus acreedores y legitimarios¹⁰¹⁴. Lo que supone defender una nulidad relativa de pleno derecho¹⁰¹⁵.

También cabría incluir como nulidades relativas de pleno derecho aquellas ya analizadas en la que la jurisprudencia, a pesar de entender que se trata de un caso de nulidad radical, deniega la legitimación a una de las partes por haber causado la invalidez. Serían nulidades relativas de pleno derecho de creación jurisprudencial Y, así, señalará CARRASCO PERERA que nuestro TS en numerosas ocasiones considera reprochable la conducta de quien quiere aprovecharse de la norma dictada «*contra él*» con objeto de exonerarse del cumplimiento de una obligación. Sería nulidades que dicho autor, califica de «divisibles»¹⁰¹⁶ porque sólo puede ser hecho valer por una de las partes; la parte protegida por la norma infringida¹⁰¹⁷. Y, en el fondo, serían nulidades relativas porque restringen la legitimación activa a la parte favorecida por la norma. Nos remitimos a lo ya señalado *supra* sobre las nulidades atípicas de creación jurisprudencial por flexibilización por los Tribunales del requisito clásico de la legitimación absoluta de la nulidad.

2.2.8 Corolario

Por lo tanto, y a la vista de cuanto hemos argumentado en las páginas precedentes, a nuestro entender podían distinguirse dentro del Sistema de invalidez, «al menos» la invalidez absoluta de pleno derecho (la nulidad clásica); la invalidez absoluta provocada (la anulabilidad absoluta); la invalidez relativa de pleno derecho (la nulidad divisible de que hablaba CARRASCO PERERA) y la invalidez relativa provocada (la anulabilidad relativa clásica)¹⁰¹⁸. O, siguiendo el criterio distintivo similar que adoptaba CARIOTA FERRERA la nulidad absoluta y relativa y la anulabilidad absoluta y relativa¹⁰¹⁹. Por

1014CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato» en *Estudios...*, ob. cit.. Aunque este autor no lo formula expresamente la inclusión que hace del legitimario parece apoyar la exclusión, *a contrario sensu*, del heredero voluntario en consonancia con la corriente jurisprudencial que luego veremos.

1015En el ámbito administrativo también se ha discutido si el derogado art. 16.3 (actual 6.3) del RDL 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el T.R. de la Ley de suelo contiene una nulidad absoluta o una nulidad relativa de pleno derecho («*Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho*»). Vide al respecto GARCÍA GARCÍA, J.A. «La nulidad de pleno derecho de los convenios urbanísticos concertados por el promotor urbanístico y la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de cargas y limitaciones no exigidas por la legislación urbanística» en *RCDI* núm. 716, 2009, pp. 3019-3041.

1016CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 800.

1017Así, p. ej., en el supuesto de la STS 29-1- 1983 (Pte. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.). Ventidas unas participaciones de una SL omitiendo el requisito legal de notificación de la venta a los administradores (exigencia impuesta por la Ley para que pudieran ejercitarse las correspondientes preferencias adquisitivas por los demás socios), el comprador exigió el otorgamiento de escritura de venta y la entrega de las mismas a lo que se opuso la vendedora alegando la nulidad de la venta al amparo de la expresión clara del art. 20 ant. LSRL («*serán nulas*»). El TS consideró el supuesto como de anulabilidad para restringir el plazo al previsto en 1301 CC y, sobre todo, denegar la legitimación activa de la recurrente («*causante directa del incumplimiento*» en palabras de la sentencia) que no era la protegida por la norma (porque la norma trataba de proteger las preferencias adquisitivas de los demás socios y no a la vendedora incumplidora). Otros ejemplos de dicha nulidad divisible pueden verse en CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 800 y 804.

1018Decimos «*al menos*» porque junto a dichas cuatro formas de invalidez pueden coexistir una pluralidad indeterminable de formas atípicas de invalidez en los que, partiendo de alguna de las cuatro formas citadas, ciertas características iniciales de dichas formas cedan en atención a diversas necesidades requeridas por la vida práctica (existiendo nulidades radicales convalidables, prescribibles etc.).

1019CARIOTA FERRERA, L.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 278-279. No obstante, este autor no admitirá, en la práctica, la nulidad relativa de pleno derecho (ibid. pp. 284-285), pero sí la anulabilidad absoluta (ibid. pp. 298-299).

tanto, podemos diferenciar a modo de resumen:

1) La invalidez absoluta de pleno derecho (es decir, la nulidad clásica) que es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal con fundamento, desde 1974, en el art. 6.3 CC (antes, art. 4 CC)¹⁰²⁰ y que reúne las características tradicionales ya señaladas de ser una invalidez de pleno derecho (o *ipso iure*), absoluta, apreciable de oficio, imprescriptible e insubsanable siendo tanto la acción que pretende hacerla valer como la sentencia que la recoge meramente declarativas.

2) La invalidez absoluta provocada (la anulabilidad absoluta) que es una invalidez absoluta provocada y sanable o, dicho con otras palabras, una anulabilidad subsanable que puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés legítimo. Dicha forma de invalidez encuentra su más relevante expresión, como vimos con matices, en sede testamentaria.

3) La invalidez relativa de pleno derecho que será aquella forma de invalidez que ampara intereses particulares, sólo puede hacerse valer por determinados sujetos (nulidad, por tanto, relativa), pero que no precisa declaración judicial previa ni previa impugnación del negocio (opera *ipso iure* o de pleno derecho). Su expresión legal más relevante, aunque no la única, son los artículos 8 y 9 LCGC.

4) La anulabilidad relativa clásica, regulada en los artículos 1301-1314 CC, que es una forma de invalidez provocada, sobrevenida y estructural, cuya legitimación es relativa, la sentencia que la recoja constitutiva no es apreciable de oficio y es sanable por el transcurso del tiempo y por confirmación.

La invalidez absoluta provocada al igual que la invalidez absoluta de pleno derecho defienden, en principio, intereses generales; la invalidez relativa de pleno derecho a igual que la anulabilidad relativa clásica defienden, en principio intereses particulares. Y decimos «*en principio*» porque el legislador puede, si quiere, atribuir un régimen de nulidad absoluta a una cuestión donde se ventilan solo intereses particulares (como hace en las donaciones de bienes gananciales sin consentimiento de ambos cónyuges, art. 1378 CC) o establecer un régimen de anulabilidad aun cuando la persona protegida no sea siquiera un contratante (así, supuesto del art. 1322 CC) por lo que el criterio del interés protegido debe servirnos como una importante aproximación, pero no como un criterio definitivo. Por eso, como señala JORDANO FRAGA, «*el área de la nulidad o de la anulabilidad no puede determinarse sino sobre la base del Derecho positivo*»¹⁰²¹. Y es a dicho derecho positivo privado al que dedicaremos los próximos capítulos.

1020DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 47.

1021JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento...*, ob. cit., p. 337.

3. La invalidez del título dispositivo desde una perspectiva dogmática o semántica

La teoría de la dogmática jurídica, de acuerdo con la TCD, reflexiona sobre los significados que tienen las normas de un texto ordinamental determinado. En este plano, que no es otro que el de la semántica, lo que nos interesa es la concreción que un ordenamiento jurídico determinado (en nuestro caso el español) concede al concepto de invalidez (concepto dogmático o jurídico-positivo); lo que nos interesa es averiguar si el texto ordinamental español únicamente prevé dos formas de invalidez (la nulidad y anulabilidad) o, por el contrario, existen formas intermedias. Y, por último, nos interesa saber qué tipo de invalidez corresponde en nuestro derecho a cada negocio jurídico inválido. La tarea de la dogmática por muy creativa que sea no puede sustituir ni reemplazar el texto ordinamental, sino que debe interpretar, conceptualizar y sistematizar los textos ordinamentales para presentarlos en sistema, pero teniendo siempre presente lo establecido por las autoridades jurídicas y, sobre todo, por el poder constituyente, el legislativo y el judicial.

Una distinción relevante en sede de ineficacia es la que distingue entre invalidez estructural e ineficacia funcional. En la invalidez estructural la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio; en la ineficacia funcional se atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio estructuralmente regular produce en la realidad por lo que existe ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado contribuye a producir un resultado antijurídico¹⁰²².

Junto a dicha distinción entre invalidez estructural e ineficacia funcional en esta obra también recogeremos la distinción entre contratos realizados entre no consumidores y, por tanto, sujetos al Código civil y contratos sujetos a la legislación especial tuitiva de consumo. El contrato que contemplaba el Código civil era el contrato entre personas libres e iguales. Frente a él, el contrato celebrado entre empresarios y consumidores es, como señalaba BALLUGERA, al mismo tiempo contrato (porque el acuerdo nuclear presupone una intención común que coincide con los términos del contrato) y no-contrato (porque la ausencia de negociación y la imposición de las condiciones generales que caracteriza el contrato de adhesión no permite «*dar por superada*», tras la perfección del contrato, la divergencia de voluntades de la que arranca la formación del contrato)¹⁰²³. Esas y otras diferencias que en su momento analizaremos y que determinan una legislación tuitiva en sede consumerista, aconsejan separar el estudio de la invalidez del contrato en el CC del estudio de la invalidez del contrato en la LGDCU.

3.1 La invalidez estructural del negocio dispositivo intervivos no sujeta la legislación consumerista.

Como vimos, en la invalidez estructural la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio y puesto que la estructura del negocio se resume en el consentimiento, la causa y el objeto (art. 1261 CC) existirá invalidez estructural cuando cualquiera de estos tres elementos sufra anomalías. Y a dicha invalidez derivada de dicho tipo de anomalías estructurales nos referiremos en este apartado.

3.1.1 Invalidez por defectos del título.

1022DIEZ PICAZO, L. «Eficacia...», cit. pp. 829-830; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, cit. pp. 32 y 66.

1023BALLUGERA GÓMEZ, C.: *El contrato no-contrato*, ob. cit. pp. 39 y 46.

Son requisitos estructurales del contrato (título) la existencia de un objeto cierto, de una causa lícita y un consentimiento de los contratantes (art. 1261 CC). Veamos qué tipo de ineficacia deriva de las patologías o anomalías en el título.

3.1.1.1 Invalidez por anomalías en el objeto del contrato.

No es este el lugar para exponer las teorías sobre lo que debe extenderse por objeto del contrato¹⁰²⁴. Interesa a los propósitos de esta obra determinar qué efectos produce la carencia del mismo, así como las distintas anomalías que por razón del objeto se pueden dar en la relación obligatoria.

3.1.1.1.1 La existencia del objeto

El objeto del contrato debe existir (art. 1261 CC). La carencia de objeto puede ser un defecto del título (si falta por completo el objeto o existe un supuesto de presencia aparente del objeto en relación a los sujetos) o del modo (si el objeto existe, pero no pertenece al *tradens* y no existe engaño¹⁰²⁵). Y según el defecto radique en el título o en el modo las consecuencias serán distintas. Cualquiera puede vender (porque no entrega, sino que se obliga a entregar) lo que no es suyo, pero nadie puede dar lo que no es suyo. Por tanto, en el momento de celebrar el contrato es preciso que el objeto exista, pero no necesariamente que sea propiedad del disponente.

A La carencia absoluta de objeto como defecto del título

Señala el art. 1261.2 CC que: «*no hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos... objeto cierto que sea materia del contrato*». Y establece, a continuación, el Código una serie de requisitos esenciales que debe reunir el objeto de modo que la ausencia de cualquiera de ellos provoca la carencia de objeto. Dichos requisitos del objeto del contrato para que este se considere «*objeto cierto que sea materia del contrato*» serían: debe ser «*posible*» en el momento de la perfección del contrato (art. 1272 CC)¹⁰²⁶; «*lícito*» (art. 1271 I y III CC) y «*determinado o determinable*» (art. 1273 CC), requisitos que el art. 1261. 2º CC denomina objeto «*cierto*»¹⁰²⁷.

1024DIEZ-PICAZO (en *Fundamentos...I*. ob. cit. pp. 197 y ss.) resume las posiciones doctrinales que existen sobre el objeto del contrato que serían: 1. El objeto del contrato son las cosas y servicios a que el contrato se refiere. A juicio de DIEZ PICAZO dicha teoría es insuficiente para abarcar distintos fenómenos contractuales previstos en nuestro Derecho como el contrato de cesión de créditos (en los que el objeto sería un crédito, derecho o acción y no una cosa o servicio), el precontrato o contrato preliminar (en el que el objeto es la actividad de las partes dirigido a la conclusión del contrato futuro), los contratos normativos, los convenios arbitrales etc.; 2.- El objeto del contrato es la prestación. A juicio de este autor dicha teoría «*confunde el objeto del contrato con el objeto de la relación obligatoria*» (ob. cit. p. 200) y 3.- El objeto del contrato es la obligación que por el contrato se constituye, se modifica o se extingue a lo que cabe objetar «*que la relación jurídica sobre la cual incide el contrato no es su objeto, sino su "efecto" en cuanto que la relación es una realidad derivada del contrato producida por él, emanada del contrato*» (ibid. p. 201). Por último, concluye este autor que, a su juicio, objeto del contrato son los bienes entendidos como aquellas realidades susceptibles de utilidad y de interés (ibid. p. 202).

1025Como señala la SAP Valencia, Secc. 8ª, 27-1-2009 (TOL1.494.008) con cita de la STS de 17-1-2007 «*la validez de esta venta (de cosa ajena) tiene como límite el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría la anulabilidad por dolo*». Y, es obvio, que si existe dolo se tratará de un defecto del título por vicio del consentimiento y no del modo.

1026Como indica la STS 1-6-2010 (TOL1.884.500) con cita de numerosa jurisprudencia, si la imposibilidad de cumplimiento de la prestación existe en el momento de la perfección contractual la sanción será la nulidad (art 1272 y 1261.2 CC); por contra, si la imposibilidad es sobrevenida -posterior a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora- la consecuencia es que quedará liberado el deudor y se resolverá el contrato (art 1184 CC).

1027Un análisis actual sobre los requisitos de licitud, determinabilidad y posibilidad del objeto del con-

No señala el art. 1261 CC qué régimen de invalidez debe asignarse al contrato en que falte alguno de los requisitos esenciales. Se limita a comenzar diciendo «*No hay contrato sino...*» de modo que algo en lo que no concurren los requisitos esenciales del art. 1261 CC no pertenecerá a la categoría jurídica de contrato ni será reconocible como tal. Ahora bien, ese «algo» que no es contrato puede estar desplegando *de facto* efectos en el tráfico jurídico, y puede haber generado una apariencia en terceros de buena fe por lo que será necesario fijar algún mecanismo para revertir tales efectos desplegados, carentes de razón de ser. Por eso, surge la controversia sobre qué régimen de invalidez elegir de entre los predispuestos por las normas.

Unánimemente descarta la doctrina que el régimen aplicable sea el de anulabilidad porque el art. 1300 CC reserva dicho régimen a los «*Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261*». Y en los contratos sin objeto cierto no concurre un requisito del artículo 1261 CC, el objeto. Por ello, desde una visual puramente gramatical el régimen más adecuado sería el de la inexistencia dado los términos del art. 1261 CC («*no hay contrato sino...*»). No obstante, ya hemos visto la crítica que ha sufrido dicha categoría sobre todo por su inutilidad y porque se trata de un caso de ausencia del supuesto de hecho normativo y no de consecuencia jurídica. Por eso, la jurisprudencia del TS se inclina por la tesis de la nulidad¹⁰²⁸ si bien no falta jurisprudencia menor de nuestras AP que la califican de inexistencia¹⁰²⁹. En nuestra dogmática civil si bien la doctrina mayoritaria se inclina por la nulidad del negocio en los supuestos de ausencia de objeto¹⁰³⁰ no faltan autores que entienden que puede distinguirse ambas categorías, la inexistencia y la nulidad, de forma que cuando el contrato carece de objeto la forma de ineficacia será la inexistencia, pero cuando existe objeto ilícito por contravenir dicho objeto una ley imperativa es preferible la solución de la nulidad ya que dicha forma de ineficacia es la sanción general del acto *contra legem*¹⁰³¹. No obstante, como reconoce SAN JULIAN, dicha distinción es «*puramente teórica*»¹⁰³² porque las consecuencias prácticas que se derivan de una u otra decisión son idénticas, si bien gramaticalmente parece más drástica la palabra «inexistencia»¹⁰³³.

A nuestro entender, la categoría jurídica de la inexistencia es, como ya dijimos anteriormente y siguiendo a DIEZ PICAZO, «*una construcción artificiosa de la doctrina francesa*»¹⁰³⁴ absolutamente innecesaria e inútil porque no produce unas consecuencias jurídicas mayores que la nulidad radical y absoluta¹⁰³⁵. Por ello, consideramos que el contrato que carece absolutamente de objeto o bien que recae sobre un objeto ilícito es nulo de pleno derecho¹⁰³⁶.

trato puede verse en GALICIA AIZPURUA, G.H. «Algunas consideraciones...», ob. cit. pp. 152-157 y MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. pp. 659-667.

1028Entre muchas otras, STS 1-6-2010 (TOL1.884.500).

1029Así, p.ej., SAP Huesca, Secc. 1.ª, 3/9/2009 (TOL1.653.615) y SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 18/7/2012 (TOL2.608.499).

1030Por todos, MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. p. 661, 662 y 663..

1031SAN JULIAN PUIG, V.: *El objeto del contrato*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996, p. 289. Dicha autora apoya dicha conclusión también en el art. 1305 CC señalando que cuando el objeto es ilícito se puede afirmar que ese contrato es inexistente, pero con una inexistencia jurídica (ibíd. p. 290), «*hay contrato real pero no legal*» (PEREZ ARDA, E.: «De los contratos nulos» en *RGLJ* Vol. 55, Nº 110, 1907, pp. 535-544 cit. por SAN JULIAN PUIG V. *El objeto...*, ob. cit. p. 290).

1032SAN JULIAN PUIG, V. *El objeto...*, ob. cit. p. 288.

1033Ibíd. p. 290.

1034DIEZ PICAZO, L.: «Eficacia...», ob. cit. p. 824.

1035Ibíd. p. 825.

1036Es complicado diferenciar, por un lado, cuando nos encontramos con un contrato con objeto o causa ilícita y, por otro lado, cuando nos encontramos ante un contrato con objeto ilícito sujeto al art. 1271 CC o un contrato contrario a la ley en general sujeto al art. 6.3 CC. **En cuanto a lo primero** (distinción

B La presencia aparente del objeto en relación a los sujetos como posible defecto del título

Junto a los supuestos de ausencia de objeto señala SAN JULIAN que el cuadro de consecuencias jurídicas de anomalías por razón del objeto se completaría con los supuestos de presencia aparente del objeto en relación a los sujetos donde cabría incluir el error en el objeto (que sería un contrato anulable por vicio en el consentimiento si concurren los requisitos del art. 1266 CC y es excusable); los supuestos de entrega de objeto distinto (ya sea de entrega de cosa radicalmente diversa a la pactada *-aliud pro alio-* en cuyo caso habrá incumplimiento y resolución ex arts. 1101 y 1124 CC ya sea entrega de cosa que adolece de vicios en cuyo caso procede aplicar, si concurren los requisitos legales, el régimen del saneamiento por defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida de los arts. 1484 a 1499 y 1591 CC y actualmente, añadimos, de la LOE), y, por último, los supuestos de circunstancias sobrevenidas que frustran el fin del contrato en cuyo caso la consecuencia podría llegar a ser la resolución -si se frustra irreversiblemente el fin del contrato- o la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* si no hay frustración total del fin y cabe restablecer el equilibrio jurídico de otra forma¹⁰³⁷.

C La carencia del *tradens* de la titularidad del objeto como defecto del modo: La venta de cosa ajena

Como hemos señalado cualquiera puede vender, u obligarse a dar, lo que no es suyo, pero nadie puede dar lo que no es suyo (reglas «*nemo dat quod non habet*» y *nemo transfert si non habuit*) y nadie puede transferir a otro más derecho del que él mismo tiene («*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*»). Por ello, y aunque no siempre se ha entendido así, la doctrina mayoritaria actual y nuestro TS admiten la validez de la venta de cosa ajena. Y lo admite en atención a la naturaleza meramente obligacional del contrato de compraventa¹⁰³⁸. Así lo recoge, por todas, la STS de 15/1/2013 si bien entiende esta sentencia que, si en un concreto contrato la

de contrato con objeto ilícito de un contrato con causa ilícita) destaca VAZQUEZ DE CASTRO las dificultades que, en ocasiones, existe según la tesis causalista o anticausalista que se siga, para distinguir entre la ilicitud del objeto y de la causa, pero sostiene que se trata de una cuestión que no tiene más transcendencia que meramente clasificadora porque la sanción que merecen los supuestos de causa u objeto ilícitos son «*siempre y en todo caso la nulidad de pleno derecho* (VAZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 59 y 152). Obviamente, esta afirmación es cierta si se acepta la tesis de este autor, que luego veremos, de que los contratos con causa contraria a las leyes se sujetan al art. 1303 CC y que el art. 1306 CC solo se aplica excepcionalmente a la causa inmoral. En todo caso, propone VAZQUEZ DE CASTRO distinguir entre ilicitud del objeto y de la causa entendiendo que «*estamos ante un contrato con objeto ilícito cuando la propia prestación, sea cosa o servicio, del contrato se encuentra directa e inmediatamente prohibida en sí misma*», mientras que estamos ante un contrato con causa ilícita «*cuando las prestaciones en sí mismas, tomadas de forma aislada, no son ilícitas, sino que lo que resulta ilícito es su intercambio o las concretas circunstancias que rodean el mismo*» (ibíd. p. 60). **En cuanto a lo segundo** (distinción de contrato con objeto ilícito sujeto al art. 1271 CC o contrato contrario a la ley en general sujeto al art. 6.3 CC) entiende VAZQUEZ DE CASTRO que, tratándose el objeto del contrato de cosas, solo cuando el comercio del bien se encuentre absolutamente prohibido podremos aplicar el art. 1271 CC; por contra, tratándose de servicios, los términos amplios del art. 1271 CC no permite aventurar reglas para distinguir el contrato con objeto ilícito del contrato ilegal por lo que, en estos casos, «*coincide la ilicitud del objeto con la del mismo contrato*» si bien no quedan sujetos al art. 6.3 CC y sí al art. 1271 CC los casos de servicios contrarios a las buenas costumbres (ibíd. p. 62).

¹⁰³⁷SAN JULIAN PUIG, V. *El objeto...*, ob. cit. pp. 295-325.

¹⁰³⁸Asimismo, en favor de dicha validez se ha alegado la noción de justo título para la usucapión corta, la existencia del saneamiento por evicción, el art. 33 LH, y la teoría del título y el modo. Vide más ampliamente CUENA CASAS, M.: «La validez de la venta de cosa ajena...». En consecuencia, la venta de cosa ajena en ningún caso puede tratarse como un supuesto de ilegalidad contractual y, como regla general, no conlleva la nulidad (VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 288-291).

titularidad plena del vendedor sobre la cosa era, en la intención de las partes, un presupuesto esencial de la compraventa cabe interponer la acción de anulabilidad por error sustancial y excusable¹⁰³⁹. Y así, también, en defensa de dicha validez de la venta de cosa ajena, señala CUENA CASAS que nuestro CC exige el título y modo para que se produzca la transmisión del derecho real por lo que ésta podrá no producirse o bien porque el título adolece de vicio que lo invalide, o bien porque el *tradens* no podía transmitir por carecer de facultades para enajenar¹⁰⁴⁰. En el primer caso falla el título; en el segundo, el título es válido y eficaz¹⁰⁴¹, pero el modo será inválido e ineficaz por ausencia del poder de disposición, poder que se sitúa, a juicio de dicha autora, dentro del modo y constituye un elemento ajeno al título y a la teoría general del contrato¹⁰⁴². Es por ello, por lo que la venta de cosa ajena es válida y eficaz precisamente por su naturaleza obligacional, aunque no transmita el dominio por un defecto del modo¹⁰⁴³. Volveremos sobre la venta de cosa ajena más adelante.

3.1.2.1 Invalidez por anomalías en la causa.

Señalaba DE CASTRO que la causa de los negocios jurídicos es uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada e interminable discusión lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto, cobre fama de incomprensible y hasta de misterioso¹⁰⁴⁴. No es este el lugar para exponer las teorías que ha propuesto la doctrina¹⁰⁴⁵, y -parafraseando a CALAMANDREI- no es verdaderamente mi intención entrar aquí a hacer, una vez más, la historia y la crítica de las teorías sobre la causa que, como las noches de la leyenda, son mil y una, y todas maravillosas¹⁰⁴⁶. Baste señalar, para los efectos de este trabajo, que nuestro TS viene

1039STS 15/01/2013 (TOL3.407.803).

1040CUENA CASAS. M.: *Función...*, ob. cit. pp. 361-363.

1041Eficaz porque la eficacia del título consiste precisamente en generar obligaciones para lo que el CC no exige poder de disposición, sino capacidad para obligarse – art. 1457 CC (ibíd. p. 499).

1042Ibíd. p. 363.

1043Ibíd. pp. 363 y 410.

1044DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 164. Insiste en dicha oscuridad de la teoría de la causa en nuestra doctrina, entre muchos otros, DIEZ PICAZO (*Fundamentos...I*. ob. cit. pp. 215-216) y SANCHÓ REBULLIDA F.: «*Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil*», RGLJ, 1971-II, (pp. 663-681) llegando a afirmar, este último, que: «*el concepto de causa ha sido una de las inversiones más pródigas de la doctrina civil; en relación con él todo está oscuro y todo es discutido: desde su existencia como elemento independiente hasta su utilidad práctica; desde su referencia... hasta su carácter subjetivo u objetivo; se discute su consistencia, su ámbito, su función, etc. Hay autores para quienes la causa, junto con la declaración de voluntad, son los dos únicos elementos esenciales del negocio jurídico; y hay tesis anticausalistas, autores que niegan la existencia del elemento (separado del objeto o del consentimiento) y, por tanto, la inutilidad del concepto*» (ibíd. p. 663). En nuestra jurisprudencia la STS 23/11/1961 (TOL4.337.483) resalta, asimismo, la oscuridad de la teoría de la causa y llega a afirmar *verbatim* que: «*la doctrina de la causa es una de las más confusas del Derecho civil, regulada con excesiva vaguedad en nuestro Código*».

1045Especialmente relevantes son, en nuestra patria, los trabajos sobre la causa de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: *La causa y su operatividad en tema de atribuciones*. Ed. Univ. de Sevilla. Sevilla. 1999; CLAVERIA GOSALBEZ, L.H.: *La causa del contrato*. Ed.: Real Colegio de España Bolonia. Zaragoza. 1998; DUALDE GOMEZ, J.: *Concepto de la causa de los contratos: (la causa es la causa)*. Ed. Bosch. Barcelona. 1949; DE LOS MOZOS, J.L.: «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», en RDN [1961], p. 283 y ss, también recogido en su obra *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1987, pp. 153 a 298; DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 163 y ss; DIEZ PICAZO, L.: «El concepto de causa en el negocio jurídico» en ADC 1963-1 (pp. 3-32); LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la causa en los contratos,» en La Ley nº 4, 1988, pp. 1016-1028 y ROCA SASTRE, R.M.: «La causa en el negocio jurídico» en *Estudios de Derecho privado*, 1948, I, p. 49.

1046CALAMANDREI refería dicha frase a las teorías sobre la acción en CALAMANDREI, P.: «La certeza del derecho y las responsabilidades de la doctrina» en *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Trad. SENTÍS MELENDO, S. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1959, p. 137.

aceptando una concepción objetiva de la causa que presenta la misma como la función económico social del negocio distinguiéndola de los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa-, móviles subjetivos que, sin embargo, pueden integrarse en la causa (hablándose de «*motivos causalizados*») cuando se han objetivado mediante su expresión, como cláusula o condición, en el negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, es decir de «*una finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes*»¹⁰⁴⁷.

Dispone el art. 1.275 CC que «*los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno[...]*» y el art. 1.276 CC preceptúa que «*la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*». Relacionando los dos preceptos citados, se deduce que son tres los requisitos causales del contrato: la existencia, la licitud y la veracidad de la causa. Podemos, por tanto, distinguir:

3.1.2.1.1 El requisito de la existencia de la causa y el problema de los contratos sin causa.

Señalaba DE CASTRO como «*la práctica ha mostrado lo frecuente de los negocios sin causa y la importancia social de que los jueces, por ello, puedan negar la protección jurídica a promesas cuyo carácter obligatorio resulta socialmente injustificado o cuyo fundamento verdadero por cualquier razón se ha preferido mantener oculto*» siendo el caso más frecuente el de la simulación absoluta¹⁰⁴⁸. Sin embargo, a juicio de GARCIA VICENTE la simulación no es, en rigor, un problema de la causa sino del consentimiento porque la simulación entraña una divergencia querida por ambos contratantes entre su intención común y la voluntad declarada en cuyo caso, en virtud del art. 1281 CC, lo realmente querido prevalece frente al significado objetivo de su declaración¹⁰⁴⁹. En todo caso, ya se siga, con DE CASTRO, un enfoque causalista de la

1047Resume la jurisprudencia sobre la causa la STS 19/06/2009 (TOL1.723.147) al señalar, con cita de numerosa jurisprudencia, que : «*El art. 1274 CC [...] ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo, más coherente con las tesis doctrinales imperantes*» que «*consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones*» y se distingue «*de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes [...]. Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un "propósito empírico común de las partes" que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición [...], se incorpore a la causa ("móvil casualizado") y tenga trascendencia como tal elemento del contrato [...]. Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo [...]*». Insiste en esta última idea la STS 19/02/2009 (TOL1.459.623) al señalar que «*los móviles subjetivos -en principio, ajenos a la causa- pueden considerarse integrados en la misma cuando se han objetivado mediante su expresión en el propio negocio como fundamento del mismo o se trata de móviles ilícitos, los que vienen a integrar los llamados "motivos casualizados"*».

1048DE CASTRO: *El negocio...*, ob. cit. p. 231 n. 1. Se adhiere a dicha tesis que considera que el art. 1276 CC se refiere a la simulación sobre la causa, entre otros, LOPEZ LOPEZ, A.M «*Artículo 1276*» ob. cit. p. 678 y MARIN LOPEZ quien llega a calificar dicha opinión doctrinal como «*unánime*» (MARIN LOPEZ, M.J.: «*Requisitos esenciales...*» ob. cit. p. 679). Sin embargo, como analizaremos, dicha concepción no es unánime porque la tesis *consensualista* afirmará que los arts. 1275 y 1276 CC no tienen nada que ver con el fenómeno de la simulación y que el negocio simulado es nulo por ausencia de consentimiento y no por ausencia de causa.

1049GARCIA VICENTE, J.R.: «*Comentario a los art.1274-1277 del Código civil*» en *Comentarios...*, T-

simulación a la que, desde esa visual, debería aplicarse el art. 1276 CC¹⁰⁵⁰ ya se siga, con GARCIA VICENTE, un enfoque consensualista de la simulación entendiendo que el problema de la simulación se resuelve aplicando la norma del art. 1281 CC, el resultado es, en ambos enfoques, prácticamente idéntico¹⁰⁵¹: la declaración de nulidad en caso de simulación absoluta (porque, dirían los causalistas, no hay causa -art. 1261- o porque, dirían los consensualistas, no hay consentimiento real en obligarse) y la declaración de nulidad del contrato simulado y el desvelamiento y juicio de validez sobre el contrato disimulado en los supuestos de simulación relativa, (por aplicación los causalistas del art. 1276 y los consensualistas de los arts. 1261.1 y 1281 CC)¹⁰⁵². Evidentemente, en esta sede, se reproduce el debate sobre si se trata de un supuesto de

VII, p. 9158. La tesis consensualista – y anticausalista- de la simulación (la simulación es un problema de falta de consentimiento y no de ausencia de causa) exige una breve explicación. Un importante sector doctrinal sostiene con argumentos históricos y sistemáticos convincentes que en el CC hay que distinguir entre causa de la obligación y causa del contrato (GALICIA AIZPURUA, G.H. «Algunas consideraciones...», ob. cit. p. 158 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos...*, II, Vol. 2º -2ª ed. 1987- p. 152) de modo que en los arts 1261. 3, 1262.1, 1274 a 1277 y 1301 CC se contendrían nociones diferentes de causa (GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario a los art.1274-1277...», ob. cit. p. 9147). Los arts 1261.3 y 1274 CC se estarían refiriendo a la causa de la obligación, es decir, a la justificación de las atribuciones patrimoniales (GARCIA VICENTE, J.R.: *La simulación...*, ob. cit. p. 9147), a la exigencia de que concurra una razón que explique el porqué de la asunción por el deudor de la obligación y el porqué de la atribución patrimonial al acreedor (GALICIA AIZPURUA, G.H. «Algunas consideraciones...», ob. cit. p. 159). Por contra, los arts 1262.1, 1275, 1276 y 1301 CC se estarían refiriendo a la causa del contrato considerada como la razón o motivo del obrar de las partes (GALICIA AIZPURUA, G.H. «Algunas consideraciones...» , ob. cit. p. 165), como el móvil o motivo impulsivo del negocio que indujo a las partes de contratar y fue determinante de la prestación del consentimiento (GALICIA AIZPURUA, G.H.: *Prólogo* a la obra de GARCIA VICENTE, J.R.: *La simulación...*, ob. cit. p. 17), en resumen, como los motivos o propósitos perseguido por las partes con su celebración (GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario a los art.1274-1277...», ob. cit. p. 9147). Así, los partidarios de esta tesis sostendrán, frente a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que los arts 1275 y 1276 CC no tienen nada que ver con el fenómeno de la simulación pues, en realidad, piensan en otra cosa: en los móviles impulsivos del negocio que determinaron a las partes a contratar de modo que dichos preceptos vienen a decir que si, por cualquier razón, dichos motivos son falsos (erróneos) el contrato será anulable (el art. 1301 CC alude como motivo de anulabilidad a la «falsedad de la causa») salvo que se pruebe la existencia de otro motivo (real y verdadero) impulsor del acto (GALICIA AIZPURUA, G.H.: *Prólogo...*, ob. cit. p. 17). Por eso, consideran dichos autores que, dado que la simulación carece de regulación específica, su tratamiento legal debe extraerse de otros artículos que sí la contemplan expresamente como son los art. 628, 755 y 1259 CC (LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos...*, II, Vol. 2º -2ª ed. 1987- p. 112; GALICIA AIZPURUA, G.H.: *Prólogo...*, ob. cit. p. 17). Y de dicha regulación dispersa contenida en el CC cabe deducir no solo que el contrato disimulado vale si reúne los requisitos del art. 1261 CC, sino también que el negocio simulado no vale, pero no vale no por ausencia de causa sino por falta absoluta de consentimiento (LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos...*, II, Vol. 2º -2ª ed. 1987- p. 113; GALICIA AIZPURUA, G.H. *Prólogo...*, ob. cit. p. 17).

1050 Siguen dicho enfoque causalista de la simulación absoluta, entre otras, la STS 22/03/2001 (TOL4.964.837) y, en nuestra jurisprudencia menor, SAP Madrid (Secc. 28ª) de 17/10/2012 (TOL2.696.003); SAP. Madrid (Secc. 28ª) de 2/11/2012 (TOL2.695.039); SAP. Madrid (Secc. 28ª) de 23/12/2013 (TOL4.152.868); SAP Madrid (Secc. 28ª) 07/04/2014 (TOL4.560.825).

1051 Como señala GARCIA VICENTE la elección de la razón en que se sustenta la nulidad del contrato simulado (falta de causa según unos o falta de consentimiento según otros) es irrelevante porque no afecta al régimen de nulidad del contrato simulado, si bien dicha elección sí puede tener efectos secundarios en el encaje de la simulación con la rescisión por fraude de acreedores o con la inoficiosidad (GARCIA VICENTE, J.R.: *La simulación...*, ob. cit. p. 70 y pp. 150-169).

1052 En cuanto a la distinción entre ambas simulaciones señala la STS 22/03/2001 (TOL4.964.837) que habrá simulación absoluta: «cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa -*quid debetur aut quid pactetur*» y simulación relativa «cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado». En la simulación absoluta «la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*)» mientras que en la relativa «la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam alteram*)». En idéntico sentido, la SAP de Les Illes Balears de 27/09/2012 (TOL2.682.823) realiza una exposición didáctica sobre este aspecto con cita de jurisprudencia del TS.

inexistencia o de nulidad¹⁰⁵³, pero ya hemos dado nuestra opinión sobre este tema en el sentido de expresar que la inexistencia no es un régimen de ineficacia, como sí lo son la nulidad y anulabilidad, sino una no concurrencia del supuesto de hecho normativo que si genera una mínima apariencia de contrato deberá reprimirse mediante la sanción de la nulidad radical. Por ello, en todo caso, en caso de no existir causa, el negocio sin causa será radicalmente nulo¹⁰⁵⁴.

3.1.2.2.1 La ilicitud e inmoralidad de la causa.

Señala el art.1275 CC que: «*los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*». En todo caso, al hablar de causa ilícita hay que distinguir, por un lado, la ilicitud de la causa de la ilicitud del objeto y, por otro lado, la ilicitud de la causa de la ilicitud misma del contrato. En cuanto a lo primero, ya hicimos referencia con anterioridad a los criterios de distinción y a la identidad de consecuencias de ambos supuestos (ilicitud del objeto y de la causa): la nulidad de pleno derecho. En cuanto a lo segundo, señala con razón DIEZ PICAZO que cuando el contrato considerado como un todo, contraviene una disposición de ley, la nulidad vendrá dada por el carácter de contrato prohibido y tal contrato queda fuera de los límites de la autonomía privada (art. 1.255 CC) siendo nulo ex art. 6 CC; en cambio, cuando las diferentes promesas constitutivas del contrato aparezcan externamente desligadas entre sí será necesario acudir a la ilicitud causal para decretar su nulidad¹⁰⁵⁵; ilicitud causal a la que también habrá que acudir cuando la ilicitud del contrato provenga de la finalidad empírica que las partes se proponen alcanzar con él porque, como vimos, es doctrina jurisprudencial que los móviles adquieren condición de causa del contrato cuando son ilícitos y la finalidad negocial contraria a la ley o a la moral es común a todas las partes¹⁰⁵⁶.

1053Así, numerosas STS hablan de inexistencia o nulidad en casos de negocios sin causa y, en este sentido, la SAP de Les Illes Balears de 27/09/2012 (TOL2.682.823) con cita de jurisprudencia señala: «*que el negocio con falta de causa es inexistente -STS 23-5-1980-; que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y, por consiguiente, produce también la nulidad del negocio, en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita -STS 21-3-1956 [...]; que hay inexistencia de contrato de compraventa por falta de causa al ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de los acreedores de los vendedores -STS 29-9-1988*».

1054Por todas, entre las más recientes, sostienen la nulidad radical absoluta p. ej. STS 28-9-2006 (TOL1.014.563) y las allí citadas; STS 14-5-2007 (TOL1.079.723); STS 18-3-2008 (TOL1.311.951); STS 12-6-2008 (TOL1.378.550); STS 1-6-2010 (TOL1.884.500). En nuestra jurisprudencia menor vide SAP Barcelona, Secc. 13ª, de 28-6-2013 (TOL3.988.393); SAP Madrid, Secc. 25ª, de 31-10-2012 (TOL2.695.485); SAP Valencia, Secc. 6ª, de 30-6-2011 (TOL2.275.216); SAP Asturias, Gijón, Secc. 7ª, 24-1-2011 (TOL2.081.451); SAP León, Secc. 2ª, 16-3-2009 (TOL1.499.185).

1055DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...I*. ob. cit. p. 242. Como indica SABORIDO SANCHEZ. P.: *La causa ilícita...* ob. cit. p. 122 y 147 y ss hay que distinguir entre el vicio causal derivado de la oposición de los motivos a la Ley y la propia ilicitud del negocio que se resolvería conforme al art. 6.3 CC. Y la diferencia es importante, aunque muchas veces no se aprecie por el TS (cfr., en este sentido, el análisis jurisprudencial de SABORIDO SANCHEZ ibíd. pp. 155-177) y aunque, en ocasiones, pueda coincidir la ilicitud de la causa con la del propio contenido contractual (ibíd. 152). Y entiende dicha autora que la diferencia es relevante porque en los casos de actos *contra legem* del art. 6.3 CC la sanción será la nulidad absoluta aplicando la regla de la restitución recíproca del art. 1303 CC, mientras que, en la ilicitud causal, aun existiendo nulidad absoluta, se deberían aplicar los arts. 1305 y 1306 CC (ibíd. p. 151).

1056En este sentido, STS 3/2/1981 (TOL1.740.225); SAP Madrid -Secc. 20ª- de 24/07/2009 (TOL1.574.087); SAP Madrid -Secc. 21ª- de 27/04/2010 (TOL1.884.150); SAP Madrid -Secc. 13ª- de 17/06/2011 (TOL2.220.605); SAP Madrid -Secc. 28ª- de 17/10/2012 (TOL2.696.003); SAP Madrid -Secc. 20ª- de 30/09/2013 (TOL4.055.940); SAP Madrid -Secc. 28ª- de 14/10/2013 (TOL4.062.856); SAP Madrid, Secc. 28ª, de 07/04/2014 (TOL4.560.825); SAP Madrid, Secc. 25ª, de 17/02/2015 (TOL4.788.734); SAP Madrid Secc. 14ª de 14/05/2015 (TOL5.170.501) etc. En todo caso, para que los motivos subjetivos sean jurídicamente relevantes deben incidir en la celebración del contrato, ser conocidos por ambas partes y opuestos a las leyes o a la moral. Dicha ilicitud causal debe concurrir en el mo-

Por último, también será aplicable la teoría de la causa ilícita y no el art. 6.3 CC cuando el contrato no viole ninguna prescripción concreta pero, aun así, sea contrario al orden moral o al orden público; cuando la infracción legal de un contrato no encuentra perfecta correlación con un concreto precepto legal sino que atenta contra su espíritu, finalidad o contra los principios sobre los que se sustenta dicha norma y, por último, como cláusula de cierre para asegurar el incondicionado respeto a la legalidad, cuando el art. 6.3 CC no resulte técnicamente aplicable¹⁰⁵⁷. Así entendida, no es de extrañar que la causa ilícita se haya llegado a considerar como un auténtico «cajón de sastre»¹⁰⁵⁸.

En cuanto al requisito de la licitud causal señalará el art. 1275 CC: «*Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*». Ello nos permite distinguir:

A) En cuanto a la oposición a la ley caben tres teorías: la que considera que la ilicitud del art. 1305 CC se refiere a contravención de la norma penal¹⁰⁵⁹; la que considera que la ilicitud se refiere a contravención de la norma penal y civil¹⁰⁶⁰ o la que entiende que la ilicitud se refiere a contravención de cualquier norma general del ordenamiento jurídico¹⁰⁶¹.

B) En cuanto a la oposición a la moral -causa torpe-¹⁰⁶², que determina la ilicitud de

mento de perfección del contrato de modo que cualquier circunstancia sobrevenida que aparentemente tiña de ilicitud el contrato no se ha de considerar como un problema de causa (VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 86; en el mismo sentido, STS 04/09/1992, TOL1.661.052).

1057VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 65, 81 y 88.

1058Ibid. p. 95.

1059Su fundamento residiría en que el art. 1305 CC, que regula la causa ilícita, solo expone los efectos cuando la causa consista en la ejecución de un delito o falta, mientras que el art. 1306 CC se referiría solo a los motivos inmorales (así DIEZ PICAZO, L.: «Par delictum» y «par causa turpitudinis», *ASN T-V*. Ed. EDERSA. Madrid, 1991, pp. 185, 186, 188 *et passim*). Por ello, según esta teoría, si la causa es contraria a una ley no penal su consecuencia solo podría ser la aplicación del art. 6.3 CC. En contra de esta tesis cabe oponer, siguiendo a SABORIDO, no sólo que *ubi lex* (en este caso el art.1275 CC) *non distinguit nec nos distinguere debemus*, sino también un argumento *a fortiori* porque sería ilógico incluir en la ilicitud causal a la moral (1275 CC) y no a la ley civil (o, dicho en otros términos, si es ilícito lo inmoral ex art. 1275 CC *a fortiori* es ilícito lo contrario a la ley civil) y, porque si el legislador hubiera querido excluir del art. 1275 CC la ley no penal habría concretado claramente la naturaleza penal del término «Ley» (SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 124 y 125).

1060La duda entre los partidarios de esta teoría radica en si se incluye solo las normas imperativas de *ius cogens* o prohibitivas (así, MELICH ORSINI, J.: «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones», *ADC 1984-1*, p. 49; VAZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 208 y ss.) o si incluye, asimismo, la contravención de derecho dispositivo (y, en este sentido, se posiciona SABORIDO señalando que las normas dispositivas son imperativas si las partes no pactan otras -SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. p. 127- siendo dicho derecho dispositivo el modelo de regulación y la regulación que la ley considera justa y equitativa para los intereses de las partes). Sobre otros autores que han defendido que pueden darse contratos contrarios a leyes dispositivas cfr. los citados por VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 208 n. 117.

1061Esta última posición ha sido defendida por SABORIDO SANCHEZ (en *La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 132 y 144). Así todo, quienes defienden esta teoría suelen restringirlo a los supuestos de normas imperativas (MELICH ORSINI, J. «La causa...», ob. cit. pp. 49 y ss.; MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. p. 676) aunque será también imperativa la norma dispositiva si las partes no aplicaron otro régimen (SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. p. 129 n. 204).

1062No es pacífico el término «causa torpe». En nuestra tradición jurídica y en el art. 1306 CC la causa que se opone a la moral recibe el nombre de causa torpe si bien no existe ninguna diferencia entre causa ilícita y torpe (arts. 1275 *if* y 1306) como acredita el art. 1305.1 CC que llama ilícita a la causa que el art. 1306 llama torpe (GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario a los art.1274-1277 del Código civil», ob. cit. p. 9149). En contra, la STS 2/02/2012 (TOL2.438.765) extiende el término «torpe» «a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita, que no sea susceptible de ser tipificado de infracción penal». Doctrina, esta última, reiterada por STS 02/04/2002 (TOL154.975); STS 31/5/2005 (TOL656.601); SAP Barcelona, [15ª], 18/5/2015 (TOL5.408.585); SAP Alicante [9ª] 28/07/2015 (TOL5.558.016); SAP Madrid [12ª] de 30/09/2015 (TOL5.593.680); SAP Santander [2ª] de 25/11/2015

la causa ex art. 1275 CC, si bien dicha oposición en su origen pudo tener una significación cercana a la moral religiosa, ya no puede tener, por exigencias constitucionales, una significación de ese orden y debe ser entendida, desde una visual sociológica, como buenas costumbres¹⁰⁶³, como un concepto indeterminado que hace alusión a las «convicciones o estándares sociales imperantes en el momento social en que se celebra el contrato, presidida por el concepto de orden público como límite de dichas convicciones» (SABORIDO SANCHEZ)¹⁰⁶⁴.

3.1.2.2.1.1 Consecuencias de la ilicitud causal. Teorías.

La jurisprudencia del TS ha aplicado, de manera casuística¹⁰⁶⁵, la causa ilícita a muy diversos supuestos siendo la sanción aplicable, en caso de ilicitud de la causa, la nulidad siempre que dicha causa ilícita sea compartida por ambas partes y dé sentido al negocio¹⁰⁶⁶. No obstante, decir que la sanción es la nulidad es decir poco y, en este sentido, cabe señalar diversas teorías:

A) Se aplican con carácter general los arts. 1305 y 1306 CC. Según SABORIDO, a pesar de que la consecuencia es la nulidad, se trata de una nulidad absoluta con efectos distintos al común de los supuestos al aplicarse los arts. 1305 y 1306 Cc¹⁰⁶⁷. De dicha nulidad absoluta deduce esta autora, siguiendo una concepción bipartita, la imprescriptibilidad de la acción, la apreciabilidad de oficio, la legitimación absoluta,

(TOL6.155.647); SAP Guipúzcoa [2ª] de 12/05/2016 (TOL5.809.792); SAP Granada [3ª] de 20/09/2016 (TOL5.903.031); SAP Córdoba [1ª] de 15/02/2017 (TOL6.049.839); SAP Palencia [1ª] de 14/12/2017 (TOL6.503.017); SAP Barcelona [19ª] de 18/12/2018 (TOL6.981.383).

1063La concepción filosófico-religiosa de las buenas costumbres fue mantenida por RIPERT que confunde moral con buenas costumbres (vide LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 50 y 52). Por su parte, la concepción sociológica de las buenas costumbres fue sostenida en la doctrina francesa por DEMOGUE (vide LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 50- 51) y en España por DE CASTRO quien señala que la moral hace referencia a «la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas» por lo que se entenderá como causa contraria a la moral cuando por «el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico» (DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 246).

1064SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. p. 145. Como señala VAZQUEZ DE CASTRO, aunque el art. 1275 CC no recoge expresamente el orden público este va a ser uno de los motivos fundamentales, junto con los principios inspiradores que latan en todas las normas incluso las dispositivas, para considerar que la causa de un contrato es ilícita (en *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 82- 83 y 87). Entre muchos otros, también MELICH ORSINI incluye el orden público como motivo de la ilicitud de la causa (en MELICH ORSINI, J.: «La causa...», ob. cit. p. 49).

1065Sobre una enumeración casuística de supuestos de causa ilícita vide TORRALBA SORIANO, O.V.: «Estudios jurisprudenciales: Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC 1966-3* (pp. 661-708); MELICH ORSINI, J.: «La causa...», ob. cit. p. 49 y VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 91-94. Vide, también, LUTZESCO G.: *Teoría...*, ob. cit. pp. 254-260 para comprobar diversas causas en su día consideradas inmorales (donación al hijo adulterino o incestuoso, donación a la concubina para que continúe siéndolo, arrendamiento de casa de tolerancia etc.) que, en la actualidad, no merecerían tal calificativo.

1066Por todas, destacan dicha necesidad de que la causa ilícita sea compartida por ambas partes y dé sentido al negocio la STS 28/9/2007 (TOL1.153.279); STS 19-12-2014 (TOL4.786.419) que contiene un pormenorizado resumen la doctrina jurisprudencial y científica. Y en nuestra jurisprudencia menor SAP Madrid (Secc. 28ª) de 17-12-2010 (TOL2.055.182); SAP Madrid (Secc. 28ª) de 11/04/2011 (TOL2.122.053); SAP Madrid (Secc. 28ª) de 20/12/2011 (TOL2.385.094); SAP Madrid (Secc. 28ª) de 17/10/2012 (TOL2.696.003); SAP Madrid (Secc. 28ª) de 02/11/2012 (TOL2.695.039); SAP Madrid (Secc. 28ª) de 07/04/2014 (TOL4.560.825). En la doctrina insisten en dicha idea, entre otros, DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN. M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 296.

1067Insiste en calificar como nulidad absoluta a los contratos con causa ilícita, entre muchos otros, MARIN LOPEZ quien también, como SABORIDO SANCHEZ, considera que debe aplicarse a dichos contratos con causa ilícita junto al artículo 1303 CC, las especialidades de los arts. 1305 y 1306 CC (MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. p. 676).

la imposibilidad de confirmación y el carácter declarativo de la sentencia¹⁰⁶⁸.

B) El régimen del art. 1306 CC es excepcional y solo se aplica a la causa inmoral.

Entiende VAZQUEZ DE CASTRO que la consecuencia de la ilicitud causal es siempre la nulidad de pleno derecho¹⁰⁶⁹, pero el régimen del art. 1305 y 1306 CC es excepcional¹⁰⁷⁰ porque el art. 1305 CC solo se aplica cuando el hecho constituye infracción penal¹⁰⁷¹, y el art. 1306 solo se aplica a la causa inmoral o torpe¹⁰⁷². Por ello, entiende este autor, en los demás casos de ilegalidad del objeto y causa (es decir cuando la causa se opone a la ley no penal) se aplicará el art. 1303 CC con sus efectos restitutorios típicos¹⁰⁷³.

C) Por último, en **posición minoritaria** no han faltado autores que han defendido la viabilidad de la anulabilidad, aunque esta última posición no es aceptable¹⁰⁷⁴.

3.1.2.2.1.2 Toma de postura

A mi juicio es preciso distinguir varios supuestos que subyacen bajo el más general de negocios con causa ilícita. En el supuesto del art. 1305.1 CC (nulidad del contrato por ilicitud causal derivada de un delito común a ambos contratantes) existirá una nulidad absoluta de pleno derecho, pero en el supuesto del art. 1305.2 CC (nulidad del contrato por ilicitud causal derivada de un delito solo de uno de los contratantes) y del art. 1306.2 CC (nulidad del contrato por causa inmoral sólo de un contratante) existirá una nulidad relativa de pleno derecho porque, por un lado, no parece razonable extender el círculo de legitimados activamente más allá del contratante no culpable¹⁰⁷⁵, y, por otro lado, debe permitirse al contratante perjudicado y no culpable continuar con la eficacia del contrato mediante la potestad de ejercitar o no la acción; potestad que parece inferirse del art. 1305.2 CC porque, en ese caso, al no culpable se le posibilita la reclamación de lo entregado sin estar obligado a cumplir lo que hubiere prometido (arts. 1305.2 y 1306.2)¹⁰⁷⁶.

1068 SABORIDO SANCHEZ. P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 309, 331. Así todo, pese a sus efectos peculiares, según dicha autora es un supuesto de nulidad absoluta (ibíd. pp. 315, 320 y ss. y 331).

1069 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 77, 89, 90, 152 *et passim*.

1070 Ibíd. pp. 59, 366, 557 *et passim*.

1071 Ibíd. pp. 364 y 368-372.

1072 Ibíd. p. 59 n 10 p 364 cuando atenta de tal modo contra las buenas costumbres o el orden público que merece la sanción de nulidad.

1073 Ibíd. pp. 89, 366 y 367.

1074 Vide dicha doctrina favorable a relativizar la nulidad radical en SABORIDO SANCHEZ. P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. p. 311 n. 415. Pero, según esta autora, dos son las principales críticas a la teoría de la anulabilidad. Primero, que si la causa es ilícita por contravención de una norma penal se estaría dejando, aun así, la validez al arbitrio de una de las partes cuando las exigencias de orden público requieren, en dichos casos de oposición a una norma penal o de gran relevancia, una negativa a la validez del contrato. Y segundo, porque -a juicio de dicha autora- el art. 1301 contiene una enumeración taxativa de supuestos y entre ellos no se cita la causa ilícita. No obstante, esta última afirmación (carácter taxativo de la anulabilidad) ha sido, como vimos, criticado por la doctrina mayoritaria actual.

1075 El contratante culpable *a sensu contrario* del art. 1305.2 CC no podrá reclamar lo que hubiese dado luego carece de interés legítimo y actual para solicitar la declaración de nulidad. Ausencia de interés legítimo que también se infiere de que supondría un intento de aprovecharse de su propia torpeza.

1076 Véase SABORIDO SANCHEZ. P.: *La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 311, 320, 321 y 322. Así, como reconoce SABORIDO (aunque defiende la tesis de la nulidad absoluta clásica bipartita) a la parte que no participa de la ilicitud causal se le otorga un poder para ejercitar la anulación del contrato (últ. ob. cit. p. 322) porque parece intuirse de la redacción de los artículos 1305 y 1306 CC que se faculta o se posibilita al no culpable al ejercicio de la acción sin que ello implique la exigencia del ejercicio o una nulidad radical. Lo cual es lógico en cuanto que la parte que no origina el vicio causal y que no participa del mismo puede considerar beneficioso continuar con el contrato e incluso es posible que el perjuicio sea mayor para sus intereses si se anula el convenio (ibíd. p. 322).

3.1.2.3 El requisito de la veracidad de la causa.

El art. 1.276 CC preceptúa que *«la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita»*. Como hemos señalado, un importante sector doctrinal entiende que la simulación no es en rigor un problema de la causa del contrato sino del consentimiento porque entraña una divergencia querida por ambos contratantes entre su intención común y la voluntad declarada (art. 1281 CC). Pero ya se entienda así o ya se entienda que es un problema del consentimiento el resultado es idéntico: la nulidad en caso de simulación absoluta y la nulidad del contrato simulado y desvelamiento y juicio de validez sobre el contrato disimulado en el caso de la simulación relativa. El supuesto más frecuente es el de donación de bienes inmuebles disimulada bajo forma de compraventa a cuyo estudio dedicaremos más adelante un apartado.

Por último, es preciso diferenciar la expresión de una causa falsa del art. 1276 CC de la "falsedad de la causa" a que alude el art. 1301 CC¹⁰⁷⁷. En el supuesto del art. 1276 CC los contratantes expresan una causa falsa (mienten), por lo que el contrato exteriorizado es nulo, según la tesis causalista, por falta de causa. La "falsedad de la causa" a que alude el art. 1301 CC tiene un significado diferente y una consecuencia jurídica (la anulabilidad) también diferente. Como señala MARIN LOPEZ la *«falsedad de la causa»* a la que alude el art. 1301 CC se refiere a errores relevantes relativos a presupuestos del contrato, es decir, al error sobre las premisas del contrato, error en los motivos o error sobre la causa. *«Se trata -sigue diciendo este autor- de un error que recae sobre elementos extrínsecos a la organización del contrato, considerado por ambas partes como presupuesto o premisa del contrato»*¹⁰⁷⁸.

3.1.3.1 Invalidez por anomalías en el consentimiento

El consentimiento contractual comprende dos aspectos diferenciados, el referente a la capacidad para consentir y el concerniente a la efectiva prestación del consentimiento, por lo que conviene analizar por separado ambos problemas:

3.1.3.1.1 Capacidad en los negocios dispositivos onerosos intervivos sobre bienes inmuebles.

3.1.3.1.1.1 Cuestiones previas: Persona, personalidad jurídica y capacidad de obrar.

La capacidad de obrar presupone la existencia de capacidad jurídica y, esta, de personalidad y de la condición de persona. Temas nucleares en el derecho civil que se ocupa de la persona desde su nacimiento, y aun antes, hasta su muerte, y aun después. Temas que creo necesario examinar porque es imprescindible para analizar las consecuencias de la ineficacia de los actos realizados en nombre del *concepturus* o *nasciturus* y otras categorías jurídicas a las que luego aludiré.

¹⁰⁷⁷No obstante, no faltan autores que niegan dicha distinción y consideran que la referencia del art. 1301 CC a la causa falsa es un error del CC *«ya que tal causa provoca la nulidad radical del contrato»* (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Artículo 1301», ob. cit. pp. 746 y 748).

¹⁰⁷⁸MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales...» ob. cit. p. 678. Para DE CASTRO la falsedad de la causa del contrato a que alude el art. 1.301 CC supone un contrato con causa verdadera, válido, pero que adolece de ese vicio de falsedad (art. 1.300 CC) siendo el caso en que el error ha recaído en la causa (propósito o fin propio del contrato) (DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 242).

A El concepto de persona

El problema de la noción jurídica de «persona» tiene -en palabras de LEGAZ LACAMBRA- «el interés intrínseco de constituir uno de los temas más importantes de la ciencia y la filosofía del derecho»¹⁰⁷⁹. En efecto, no es que el concepto de persona sea un tema importante, sino que es el tema esencial y básico del Derecho¹⁰⁸⁰, hasta tal punto que ha podido afirmarse con acierto que «la civilización occidental se funda en el concepto de persona»¹⁰⁸¹. Y, por ello, no es de extrañar la enorme discusión científica a la que ha dado lugar. Y es que como señala De Castro «el valor central que por sí tiene la persona en el Derecho Privado explica la confusión y falta de claridad de su concepto en la doctrina pues necesariamente han de repercutir sobre él las distintas concepciones de la vida»¹⁰⁸².

A1) Antecedentes históricos

Una comprensión cabal de la problemática de la persona, en su relación al derecho exigiría presentar una historia completa a partir de Roma, pero eso desbordaría los límites de esta tesis. En todo caso, conviene realizar una breve aproximación histórica.

El concepto de persona en derecho romano y en la edad media

Prescindiendo de las disquisiciones sobre el origen etimológico de la palabra persona¹⁰⁸³ lo cierto es que en Roma sujeto de derecho no es todo hombre (sino sólo aquel hombre libre, ciudadano y *sui iuris*), ni sólo el hombre (también lo serían las personas jurídicas¹⁰⁸⁴); la condición de sujeto de derecho se vincula con el concepto de *status -libertatis, civitatis y familiae-* es decir con la posición que el individuo ocupa en la sociedad¹⁰⁸⁵. Así, en los primeros tiempos del Derecho romano la cualidad de hombre no

1079 LEGAZ LACAMBRA, L.: «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», *REP*, vol. IX, 1951, p. 15; también en: *Humanismo, Estado y Derecho*. Barcelona. Ed. Bosch, 1960, p. 107.

1080 Señalaba HERMOGENIANO, en frase célebre, que «por causa de los hombres se ha instituido todo Derecho», «*Hominum causa omne ius constitutum est*».

1081 RIBAS ALBA, J.M.: «Persona: génesis de un concepto jurídico y teológico. Quinto Mucio Escévo-la, Cicerón, Pablo de Tarso, Gayo, Tertuliano» en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 9, 2011, p. 449.

1082 DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España. T. II*. ob. cit. p. 20. Resalta asimismo la idea de que la persona es, sin duda, el tema central del derecho entre muchos otros FERNANDEZ SESSAREGO, C. ¿Qué es ser persona para el derecho? p. 289.

1083 Más ampliamente sobre dicha etimología DE CASTRO, F.: *Derecho civil, T II* ob. cit. p. 20 n. 3 donde señala que el origen más aceptado es que deriva del término griego «*prósopon*» (πρόσωπον) que está compuesto por la raíz «pros-» que significa «delante de» y «-opos» que significa «faz, cara». En la Grecia clásica «*prósopon*» designaba la máscara que los actores utilizaban en el teatro y, luego, por extensión, pasó a significar al actor que la portaba y la apariencia física. En latín dio origen al término «*personare*» (en igual sentido, ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, T.I cit. p. 884). No obstante, también se ha defendido que el término persona deriva del término etrusco «*phersu*» usado para designar a un personaje enmascarado grabado en la tumba de los Augures interpretando MAROI que el término persona es «*el doble del difunto y la refracción mística de su yo*» (cit. por DE CASTRO, *ibíd.* pp. 20-21 n. 3).

1084 Aunque la expresión «*persona jurídica*» es extraña a las fuentes romanas su concepto surge con relación a las comunidades que forman parte del Imperio antes de la Constitución de Caracalla del 212 d.C porque dichas comunidades incorporadas a la ciudadanía romana -*municipia*- dejan de ser *civitates*, al perder la soberanía, y se convertían en simples lugares fortificados -*oppida*. Dicha pérdida de soberanía suponía que, en la esfera patrimonial, dichos *municipia* se rigieran por el Derecho privado y es, entonces, cuando se definirán como personas jurídicas (IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, cit. p. 108). Tomando como ejemplo los *municipia -ad exemplum rei publicae-* posteriormente se reconocerá la condición de sujetos privados a los demás cuerpos colectivos: *collegia, universitates, sodalitates* (*ibíd.* p. 109).

1085 Así en GAYO (Instituciones, libro 1, § 9) podemos leer: «*Et quidem summa divisio de iure persona-*

basta por sí para otorgar la capacidad porque sujeto de derecho lo es sólo el *paterfamilias*, y puesto que este ha de ser libre, *cives* y *sui iuris*, la capacidad jurídica implica el concurso de esos 3 requisitos¹⁰⁸⁶. En definitiva, es el *status* el que determina la capacidad jurídica.

El sistema romano de los «*status*» comienza a relajarse paulatinamente, obra de los juristas y la legislación imperial, a partir del siglo I d.C. Así, en cuanto al *status civitatis* los extranjeros se igualaron a los *cives romani* en un proceso que comienza en el S I a.C y concluye con la Constitutio Antoniniana de Caracalla (212 d. C)¹⁰⁸⁷ que extendió -probablemente con la finalidad de ampliar, así, el número de obligados tributarios¹⁰⁸⁸- la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio salvo los *dediticios*¹⁰⁸⁹; y en cuanto al *status familiae* la institución de la *patria potestas* atenuó drásticamente sus consecuencias de modo que en el S. I el *ius vitae necisque* ya no se ejercía y los *fili* adquirieron derecho de alimentos que suponía una limitación de la *patria potestas*¹⁰⁹⁰. Además, la incapacidad nominal de los *filiifamilias* de poseer bienes fue atenuándose progresivamente con el reconocimiento de los *peculios* y la tutela de la mujer, aunque se mantuvo formalmente en época clásica, fue muy discutida¹⁰⁹¹ y admitió excepciones¹⁰⁹².

rum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi» (trad.: «Ciertamente, la primera división del derecho de personas es ésta: todos los hombres o son libres o son esclavos»). No obstante, la expresión “*de iure personarum*” no debería traducirse, como es habitual, como “*el derecho de las personas*”, sino con mayor precisión como “*el derecho de los estatus sociales*”(así, FORTUNAT STAGL, J.: «De cómo el hombre llegó a ser persona...», ob. cit. p. 378).

1086 IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, cit. p. 86.

1087 La extensión de la ciudadanía comienza tras la Guerra Social -siglo I a.C.- en la que dicha ciudadanía se extendió a toda Italia (IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, cit. p. 100). Y culmina con la Constitución de Caracalla de 212 d.C que señala: «*El emperador César Marco Aurelio Severo Antonino Augusto declara: [laguna] puedo manifestar mi agradecimiento a los dioses inmortales que me protegen [laguna] considero, pues, que puedo [laguna] servir a su grandeza [laguna] haciendo participar conmigo en el culto de los dioses a todos los que pertenecen a mi pueblo. Por ello concedo a todos los [peregrinos] que están sobre la tierra la ciudadanía romana [salvaguardando los derechos de las ciudades] con la excepción de los dediticios. Pues es legítimo que el mayor número no sólo esté sometido a todas las cargas, sino que también esté asociado a mi victoria [...]*» (Constitución de Caracalla, Papiro Giessen 40, col. 1, en GARCÍA MORENO, L. et al.: *Historia del mundo clásico a través de sus textos*, 2. Roma. Alianza Ed., Madrid, 1999, p. 242). Véase más ampliamente sobre dicha Constitución ANDRADES RIVAS, E.: «La ciudadanía romana bajo los Severos» *REHJ* Valparaíso, n. 31, 2009, pp. 87-123.

1088 Vide ANDRADES RIVAS, E.: «La ciudadanía romana...», ob. cit. p. 106 con cita de doctrina.

1089 En cuanto a la expresión «*dediticios*» se aclara su significado en Gayo, *Institutiones* 1,14: «*Vocantur autem peregrini dediticii hi, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnauerunt, deinde victi se dediderunt*» (trad.: «Se llaman, en cambio, peregrinos *dediticios* a quienes, tiempo atrás, lucharon contra el pueblo romano con las armas en la mano y luego, vencidos ya, se rindieron»).

1090 FORTUNAT STAGL, Jakob.: «De cómo el hombre ...», ob. cit. p. 386.

1091 Así, se señala en Gayo, *Institutiones* 1.190: «*Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur: Nam quae vulgo creditur, quin levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitae auctor fieri a praetore cogitur*» (trad.: «Pero, para que las mujeres de plena edad estén en tutela, ninguna razón puede convencer suficientemente; pues lo que vulgarmente se cree, de que es justo que sean gobernadas por la autoridad de los tutores, debido a que están frecuentemente expuestas a engaño por su ligereza, resulta una razón de más apariencia que verdad; pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas, y en algunos casos el tutor interpone su autoridad por pura fórmula; y frecuentemente incluso contra su voluntad, obligado por el pretor»).

1092 La *Lex iulia et Papia Poppaea* (año 9 d.C.) liberaba de la tutela a las mujeres ingenuas que fuesen madres de 3 hijos y a las *libertas* con 4. En la práctica, existieron otros medios para liberar a la mujer de dicha tutela p. ej. nombrándola tutor a un esclavo libre porque, en virtud de los poderes de su liberadora, era aquel quien debía hacer todo lo que ella quisiera y no viceversa (FORTUNAT STAGL, J.: «De cómo el hombre ...», ob. cit. p. 387) o permitiéndose en época republicana tanto que el marido bajo cuya *manus* estaba la mujer confiase a ésta la facultad de elegir tras la muerte de aquel el propio tutor como que la mujer se sometiera mediante *coemptio* a una persona de su confianza, con el pacto de que la vendiera nuevamente a quien ella eligiera, y, una vez emancipada por el sujeto elegido, se convertía

Solo mantuvo su rigor el *status libertatis* que únicamente iría atenuándose por influjo del panteísmo racionalista de la escuela estoica¹⁰⁹³. De todos modos, si bien el esclavo no era sujeto de derechos («*servile caput nullum ius habet*»¹⁰⁹⁴) sí era sujeto de deberes. y, en este sentido, cabe hablar de que era, en cierto modo, «*sujeto jurídico*»¹⁰⁹⁵. Dicho reconocimiento de cierta subjetividad jurídica ha llevado a algunos autores, a mi entender de modo exagerado, a considerar que ello supuso un reconocimiento del esclavo «*como persona en el sentido moderno*»¹⁰⁹⁶. En todo caso, sí es cierto que, como término meramente formal, sin pretensiones técnicas¹⁰⁹⁷ y sin el contenido material que hoy se atribuye al término persona, en derecho romano se empleó el término «*persona*» como sinónimo de ser humano¹⁰⁹⁸. Pero, como decimos, nada tiene que ver dicha equiparación nominal entre hombre y persona que realizaba el derecho romano con el

éste en su tutor legítimo —*tutor fiduciarius* (IGLESIAS, J. *Derecho romano*, ob. cit. p. 384 n. 76).

1093Resume dicha evolución SANCHO REBULLIDA al decir: «*Y así como cuando la familia perdió el carácter político que inicialmente había tenido [...], la pérdida del status familiae fue perdiendo trascendencia, llegando incluso a poder suponer una mejora en la condición jurídica del minutus; y cuando la ciudad se diluyó como concepto trascendente [...], la pérdida de la ciudadanía dejó de tener los graves efectos que al principio tuvo, subsistiendo la personalidad del minutus; cuando el panteísmo racionalista de la escuela estoica proclamó la igualdad natural de todos los hombres, también el estado de libertad comenzó a perder trascendencia y a no suponer su pérdida anulación de la personalidad*» (SANCHO REBULLIDA, F.: «El concepto...», ob. cit. , pp. 760-761).

1094Así, D. 4, 5, 3, 1. No obstante, el esclavo gozaba de capacidad de obrar, de capacidad penal, de personalidad natural -que le permitía constituir relaciones familiares semejantes a las que son propias de los hombres libres- y de personalidad en el orden religioso (IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, ob. cit. p. 89-90). Carecía, por contra, de capacidad procesal por lo que no podía ser parte en un proceso, ni como demandante, ni como demandado (D. 2, 11, 13: «*quia servus conveniri vel convenire non potest*»; trad.: «porque el esclavo no puede ser demandado ni demandar»).

1095ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, T. I p. 911.

1096Tal es la tesis de FORTUNAT STAGL quien señala que el cambio sufrido por la sociedad romana en la época imperial con relación a la época republicana fue acompañado de una mutación del concepto de *persona*. En el lenguaje jurídico del derecho romano clásico y postclásico, el concepto ya no se refiere al hombre entre sus cadenas del *status*, sino que se refiere al hombre desprovisto de tales cadenas (FORTUNAT STAGL, J.: «De cómo el hombre ...», ob. cit. p. 388) hasta el punto de que los juristas romanos de la época imperial inspirados por el derecho natural culminan con un reconocimiento del esclavo como persona en nuestro sentido moderno (ibíd. p. 389). Así, p.ej., frente a la concepción republicana que no consideraba al esclavo responsable penal por una acción ilícita permitiendo al dueño -de realizar el siervo materialmente un delito- castigarlo o entregarlo a la parte agraviada, en época clásica no solo se hace responsable penal al esclavo a quien se denomina como «*persona servi*» [Inst. 4, 1, 5] sino que también se castigaba los delitos cometidos contra ellos como si estos fueran libres, siempre que su amo quisiera [Gayo 3, 21 3]. Pues bien, señala FORTUNAT STAGL que tanto por el hecho de que ahora el esclavo fuera responsable penal como por el hecho de que otros fueran responsables de los delitos cometidos sobre el esclavo se extrae un reconocimiento del esclavo «*como persona en el sentido moderno*» (ibíd. p. 388 con cita de doctrina) que ya no se emplea como género del cual *persona servilis* sería una especie, sino como concepto para designar al hombre liberado de sus cadenas de *status* con relación al hecho de que tiene derechos y deberes o, en otras palabras, *persona* designa aquí al sujeto de derecho (ibíd. p. 389).

1097DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*. T. II. p. 21.

1098Así, p. ej., en D. 50, 16, 215 se habla de «*persona servi*» -persona del esclavo- y en D. 50, 17, 22 pr. se afirma *verbatim*: «*in personam servilem nulla cadit obligatio*» (trad.: «en persona de condición servil no recae ninguna obligación»). Señala SCHULZ que: «El término *persona* es usado por los juristas clásicos con la significación exclusiva de homo. 1. Todos los seres humanos, incluso los esclavos, son llamados *personae*. Gayo muy expresamente se ocupa, en su exposición concerniente al Derecho de esclavitud, del *ius quod ad personas pertinet*, y habla, sin reparo alguno, de *persona servilis* (1.121) y de *persona servi* (2.187; 3.189). Ello no se opone a la concepción que considera a los esclavos como *res corporales*, pues un esclavo es, a la vez, *persona* y *res*. Los juristas romanos nunca equipararon el esclavo a un animal, ni esto era posible puesto que no cabía negar la aptitud del esclavo para realizar actos jurídicos [...] 2. Por otra parte, solamente los seres humanos son llamados *personae*, y el concepto y el término de *persona jurídica* son desconocidos [...] 3. En la época post-clásica los esclavos fueron excluidos de la clase de *personae* y, por otra parte, las corporaciones fueron llamadas *personae vice*» (SCHULZ, F.: *Derecho romano clásico*, ob. cit. pp. 69-70).

concepto material actual de persona no solo porque los esclavos eran, a la vez, cosas y personas¹⁰⁹⁹, sino, sobre todo, porque, a pesar de nominarlos como personas, dichos siervos no eran sujetos de derechos (sí, reiteramos, de deberes)¹¹⁰⁰.

A pesar de la indudable influencia del panteísmo racionalista de la escuela estoica que proclamó la igualdad natural de todos los hombres, sería el cristianismo la doctrina que llega a imponer, a lo largo del medievo, la idea de igualdad natural y esencial entre todos los redimidos y su consecuencia lógica de que ningún hombre puede ser considerado por el Derecho como objeto, como cosa¹¹⁰¹. Así, caído ya el Imperio romano de occidente, BOECIO (480-525), pensador cristiano de fuerte influencia estoica que ha sido considerado como el último romano, el último pensador de la antigüedad, fundador de la Escolástica y primer pensador del medioevo, definirá persona como «*substantia individual de naturaleza racional*» («*rationalis naturae individua substantia*»)¹¹⁰²; persona, en definitiva, viene a ser el hombre, considerado como individuo racional. TOMÁS DE AQUINO seguirá la senda trazada por BOECIO, al entender que la persona es sinónimo de individuo racional, esto es, de hombre y comentando dicha definición boeciana añadirá a la misma un elemento más: la dignidad, y, de este modo, señalará que con el nombre de persona se alude a «*lo que es más perfecto en toda la naturaleza, es decir, el subsistente en naturaleza racional*»¹¹⁰³, a la máxima dignidad que, por esencia, reside en la naturaleza racional del hombre¹¹⁰⁴. El pensamiento cristiano también influyó en el concepto de persona en otra dirección al englobar dentro de dicha denominación no sólo la persona física, el hombre, sino también a la persona jurídica a las que, como señalará DE CASTRO, «*sin empacho se califican de personas para señalar su carácter de nuevas verdaderas unidades en la vida social*»¹¹⁰⁵.

1099Así, SCHULZ, F.: *Derecho romano*, ob. cit. [ed. 1960], pp. 69-70 y BUCKLAND, W. W.: *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Londres 1921, pp. 63-64. Asimismo, vide D. 50, 17, 32 («*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*» **trad.**: «Por lo que atañe al derecho civil, los esclavos son considerados como si no fueran nadie; mas no también por derecho natural, porque por lo que atañe al derecho natural todos los hombres son iguales»).

1100Esta teoría no es, en todo caso, unánime. Así, p. ej., recientemente el romanista RIBAS ALBA considera que el concepto de persona es «una categoría puramente romana» (RIBAS ALBA, J.M.: «Persona: génesis...», ob. cit. pp. 451, 475 *et passim*). Señala dicho autor, como Cicerón (106-43 a. C.) siguiendo al filósofo estoico Panecio (185-110 a.C.) ofreció la primera doctrina filosófico moral de la persona (ibíd. pp. 451-461) siendo probable que el jurista Quinto Mucio Escévola Pontífice (cónsul en el 95 a. C.) hubiera ya introducido el concepto en el *ius civile romano* (ibíd. pp. 465-466 y 475). El concepto de persona se convertirá, concluye dicho autor, en una categoría esencial en la sistemática de la obra de Gayo (ibíd. pp. 466 y ss.) aplicando finalmente Tertuliano (155- 220 d. C) el concepto de persona a la teología (ibíd. pp. 472-475).

1101SANCHO REBULLIDA, F.: «El concepto...», ob. cit. p.761.

1102BOECIO.: *Liber De Persona Et Duabus Naturis. Contra Eutychem et Nestorium*: caput III, columna 1343: «*Persona est naturae rationalis individua substantia*».

1103S. Th. I, q.29, a.3: «*Respondeo dicendum quod persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*».

1104S. Th. I, q.29, a.3 ad 2. El aquinatense vincula el concepto de persona con el valor de la dignidad y, así, señalará: «*Quia enim in comoediis et tragoediis repraesentabantur aliqui homines famosi, impositum est hoc nomen persona ad significandum aliquos dignitatem habentes [...]. Propter quod quidam definiunt personam, dicentes quod persona est hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente. Et quia magnae dignitatis est in rationali natura subsistere, ideo omne individuum rationalis naturae dicitur persona*». (S. Th. I q. 29 a. 3 ad 2) [**trad.**: «Pues, porque en las comedias y tragedias se representaba a personajes famosos, se impuso el nombre de persona para indicar a alguien con dignidad [...] Por lo cual algunos definen la persona diciendo que es la hipóstasis distinguida por la propiedad relativa a la dignidad. Como quiera que subsistir en la naturaleza racional es de la máxima dignidad, todo individuo de naturaleza racional es llamado persona»].

1105DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T. II ob. cit. p. 22.

Pero la idea cristiana de igualdad no excluye el reconocimiento de diferencias, de "cualidades" entre los distintos hombres, incluso, en estado de inocencia (S. Th. I^a q. 96 a. 3 co). Estas ideas influyeron notablemente en la configuración jurídica del *status* que, en rigor, sigue siendo un modo de ser y estar de la personalidad¹¹⁰⁶. Y, así, en España no es de extrañar que nuestro Código de Partidas considere al estado de los hombres como una manera de ser o de estar con transcendencia jurídica: «*la manera- en palabras de nuestras Partidas- en que los omes viven o están*»¹¹⁰⁷.

El concepto de persona en la edad moderna y contemporánea.

La ciencia del Derecho medieval y renacentista continuó sin atribuir al término persona –en referencia al hombre– una significación jurídica particular¹¹⁰⁸ por lo que hubo que esperar hasta el advenimiento de la Edad Moderna para que el concepto de persona fuera objeto de nueva formulación jurídica aunque usando viejas ideas: así, la teoría romana de los *status*, fue reformulada por los juristas protestantes de la Edad Moderna afirmando que la persona es el hombre en su estado y privando al término persona de la dignidad congénita del hombre que le había atribuido la escolástica medieval¹¹⁰⁹ lo cual dio lugar a que coexistieran dos concepciones sobre la persona diametralmente opuestas -la católica y la protestante- con trascendentales y dramáticas consecuencias en el acontecimiento que alumbró la Edad Moderna: el descubrimiento del Nuevo Mundo¹¹¹⁰.

1106SANCHO REBULLIDA, F.: «El concepto...», ob. cit. p. 761

1107Ibid. p. 762. En España, la Partida 4.23 pr. decía: «*El estado de los homes et la condicion dellos se departe en tres maneras; ca ó son libres, ó siervos o aforrados, á que llaman en latin libertos, et aun hi ha otro departamento, ca o son nascidos o por nacer...*» añadiendo a continuación en la P 4,23,1: «*Status hominum, tanto quiere decir en romance, como el estado o la condición, o la manera en que los omes viven o están, et son tantas maneras dél quantas desuso deximos en el prólogo deste título*». Según esto, dice SANCHO, parece que el único estado romano admitido por nuestro Código de Partidas sea el de libertad, añadiendo a él solo otra categoría de estado: el de nacido o por nacer. Pero la equiparación del concepto al de "condición" exigía una amplia catalogación de estados; y así, en la Ley 2.^a se dice: «*Et aun de otra manera son honrados e judgados los fijosalgo que los otros que son de menor guisa, et los clérigos que los legos, et los hijos legítimos que los otros de ganancia, et los cristianos que los moros nin los judíos. Otrosi, de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas et en muchas maneras*». De ello, deduce SANCHO que nuestras Partidas recogen una doble acepción de "estado": estricta, comprensiva sólo del estado de libertad y de concepción o nacimiento, que tiene trascendencia en cuanto a la capacidad jurídica; y amplia, comprensiva de todas las condiciones sociales reconocidas, y cuya trascendencia se limita a la capacidad de obrar o a las obligaciones específicas surgidas de tal condición (SANCHO REBULLIDA, F.: «El concepto...», ob. cit. pp. 761-762).

1108Riccardo ORESTANO Azione. *Diritti Soggettivi. Persone Giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 193; 195-196 cit. por ROBLES MORCHON, G. *Teoría del Derecho*, T. I ob. cit. p. 887.

1109DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T. II ob. cit. p. 23.

1110La concepción católica de la persona encarnada por España en su evangelización del Nuevo Mundo conllevó que esta tratara a sus pobladores en pie de igualdad con los ciudadanos de la península, aprobara una gran número de normas y medidas, a través de las Leyes de Indias, para proteger al indio y sus tierras y fomentara el mestizaje; frente a ello la concepción protestante de la persona encarnada por Inglaterra no tomó en consideración a los indios a los que consideró una raza inferior, apropiándose de sus tierras, exterminándolos y desconociendo todo tipo de mestizaje. Asimismo, España prácticamente no traficó con esclavos frente al uso masivo que realizó Inglaterra del tráfico de esclavos a quienes incorporó masivamente a sus colonias (CARDELUS MUÑOZ SECA, B.: *América Hispánica: La obra de España en el Nuevo Mundo*. 2^a ed. Ed. Almuzara. Córdoba, 2021, pp. 367-372 y pp. 891-893; en el mismo sentido de destacar la diferente concepción española -con su mestizaje y su respeto a la población indígena- e inglesa -con su aniquilación de la población autóctona, su apropiación de las tierras de los indígenas y su rechazo al mestizaje- en el descubrimiento y colonización de Nuevo Mundo en ROBLES, G.: *Teoría*, T. III ob. cit. p. 104). Como ha dicho con acierto THOMAS, HUGH.: *El señor del mundo. Felipe II y su imperio*. Ed Planeta. Barcelona, 2013, p. 372: «*El mestizaje fue la mayor obra de arte lograda por los españoles en el Nuevo Mundo, una mezcla de lo europeo y lo indio. A aquellos que piensen que se trata de una afirmación obvia les pediría que consideren cuán raro fue este estado de cosas entre los anglosajones y los indios de Norteamérica*».

En todo caso, el advenimiento de la Revolución francesa, y con ella de la Edad Contemporánea, con sus ideales de igualdad y fraternidad hizo desaparecer dicha concepción estamentalista si bien, por desgracia, quedaron restos de esta que las atrocidades del régimen nacionalsocialista nos hicieron recordar. Terminada la Segunda Guerra Mundial, y ante el horror de las barbaridades cometidas durante la misma, florecieron las concepciones iusnaturalistas que consideran que la persona es un preconcepto de lo jurídico pudiendo distinguirse, en el momento presente, dos grandes direcciones teóricas sobre qué debe entenderse por persona: para una de ellas la persona en sentido jurídico es una creación del derecho y para una segunda la persona es un preconcepto de lo jurídico o un *prius* jurídico que el Derecho -bajo sanción de ilegitimidad- debe limitarse a reconocer. La primera corriente, que será defendida por el normativismo jurídico y por la teoría formal de la TCD, sostendrá que existe una clara desvinculación entre el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona que serían realidades distintas, que no tienen necesariamente que coincidir; la segunda corriente, defendida por el realismo metafísico o clásico, mantendrá que ambos conceptos tienen notas distintas, pero se refieren, cada uno desde el modo de conceptualización propio de su ciencia, a una misma realidad.

A2) Teorías sobre la persona.

Al desarrollo de las diferentes teorías del término persona en la Edad Moderna y Contemporánea, cuya evolución en apretada síntesis hemos expuesto en las líneas precedentes, dedicaremos, con más detenimiento las siguientes líneas.

A2.1. La persona es una creación del derecho (la persona como ser por el derecho).

A2.1.1. La persona es el hombre en su estado.

La persona, se dirá, es el hombre en su estado por lo que, si un hombre no tiene ningún estado, o este es irrelevante para el derecho, ese hombre no es jurídicamente persona. Postura que, con precedentes en derecho romano y medieval¹¹¹¹ retoma un fuerte empuje y se formulará, ya como sistema y no como simple tópica, en el movimiento sistemático de los juristas protestantes de los siglos XVI, XVII y XVIII¹¹¹². Así, se dirá por el jurista calvinista ALTHUSIUS (1563-1638) que es persona el hombre que pertenezca a la comunidad jurídica («*persona est homo, iuris communionem habens, vel omnis, vel alterutrius, communis videlicet, vel proprii*»¹¹¹³) o se afirmará por el jurista protestante

1111 SANCHO REBULLIDA, F.: «El concepto...» ob. cit. p. 761.

1112 DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. T. II p. 23. No es casual la confesión protestante de los defensores de esta doctrina. El iusnaturalismo racionalista fue formulado por protestantes que practicaron un ataque sistemático al iusnaturalismo escolástico anterior. A pesar de la crítica que dicho movimiento protestante le merecerá a De Castro y a la que luego aludiremos, tuvo como virtud la consecución de un importante hito dentro del movimiento de secularización del mundo moderno (RODRÍGUEZ URIBES, J.M. y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Historia de los derechos fundamentales. T. I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII*. Ed: Dykinson. Madrid, 2003, p. 575). La Reforma protestante, con su ruptura de la uniformidad religiosa del catolicismo, conduciría coherentemente a la necesidad histórica de un iusnaturalismo no fundado en la ley eterna sino en la razón (iusnaturalismo racionalista) (DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid 1980, pp. 270-271). Dicho iusnaturalismo racionalista postulará, frente al iusnaturalismo medieval católico, la desvinculación del derecho natural respecto de dios y su construcción por la razón, una separación entre derecho y moral y una distinción entre el estado del hombre anterior a su convivencia política (*status naturalis*) y otro posterior a su entrada en las formas sociales (*status civilis*). De ahí derivaran muchos su distinción entre hombre (ser con alma racional) y persona (hombre en su estado) y su intento por fundar el derecho en la razón provocará que no acudan a textos bíblicos para fundar el concepto de persona.

1113 JOHANNES ALTHUSIUS: *Iurisprudentia romana methodice digesta: libri II. Dicaeologicae Roma-*

PUFENDORF (1632 -1694) que personas (morales) son «*los hombres mismos considerados en relación a su estado moral o a la función que tengan en la sociedad*» («*les hommes mêmes considérés par rapport à leur état moral, ou à l'emploi qu'ils ont dans la société*»)¹¹¹⁴. En todo caso, la fórmula de que la persona es el hombre en cuanto que se le reconoce un estado adquirió una enorme difusión gracias a la obra del jurista protestante HEINECCIUS (1681-1741) quien señalaría que «*según derecho hay gran diferencia entre hombre y persona. Hombre es un ser dotado de alma racional unida a cuerpo humano. Persona es el hombre considerado en algún estado. Estado es una cualidad o circunstancia por razón de la cual los hombres gozan de diversos derechos. Es natural o civil; este se subdivide en estado de libertad, de ciudad y de familia [...] De aquí el axioma jurídico: que por derecho romano el que no goza de ningún estado no es considerado como persona sino como cosa*»¹¹¹⁵. Aunque dicha concepción recibirá una fuerte crítica desde posiciones católicas¹¹¹⁶, no obstante, diversos juristas españoles del S XVIII y XIX recogerán dicha idea de la persona como el hombre en su estado. Así, en 1780, el aragonés JORDÁN DE ASSO afirmará: «*La persona es el hombre considerado en su estado; por lo que se dice que no puede haber persona sin que se considere en uno, u otro estado*»¹¹¹⁷. Idea reiterada en 1795 por SALA BAÑULS¹¹¹⁸ y en 1876 por ESCRICHE¹¹¹⁹, aunque ya hubiera doctrina que negaba dicha tesis¹¹²⁰.

Dicha doctrina estamentalista, existente hasta la caída del Antiguo Régimen, se basaba en la existencia de capas sociales desiguales en valor y dignidad (estamentos) y consideraba que la ubicación de una persona en un determinado estamento determinaba

nae. Epitome et brevis anakephalaisis dicaeologicae romanae, p. 3.

- 1114Samuel PUFENDORF *Le droit de la nature et des gens*. T. 1; trad. Jean Barbeyrac L. I, cap. 1, § 12.
- 1115Johann Gottlieb HEINECCIUS. *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones*, I § 75 (p. 23). Madrid, 1842 Imprenta de D. Pedro Sanz y Sanz.
- 1116Dicho movimiento sistemático de los juristas protestantes, dice DE CASTRO, degradará el significado jurídico de la persona que dejará de ser expresión de la dignidad congénita del hombre y se reducirá a una cualidad jurídica, creación arbitraria del legislador (DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, T. II p. 23). Y es que, frente a dicha concepción protestante, la concepción católica de persona considera a esta lo más perfecto en toda la naturaleza, la máxima dignidad que, por esencia, reside en la naturaleza racional del hombre y, en definitiva, la imagen visible del Dios invisible que la creó a su imagen y semejanza. Y, así, señalará el Sínodo de los obispos católicos de 1971 que: «*siendo cada hombre realmente imagen visible del Dios invisible y hermano de Cristo, el cristiano encuentra en cada hombre a Dios*».
- 1117JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M.: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Imprenta Real de la Gazeta, 3ª edic., Madrid, 1780, lib. 1, tít. 1, p. 1. p. 77.
- 1118SALA BAÑULS, J.: *Institutiones romano hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*. T. I. 2ª ed. Valentiae ex Officina Fratrum de Orga 1795 tit. III p. 33 donde, recogiendo palabras del jurista protestante Arnold VINNIUS (1588–1657), señala: «*nam status ipse est personae conditio aut qualitas, quae efficit, ut hoc vel illo iure utatur; ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum, esse alieni, esse sui iuris*» (trad: «el mismo status no es más que la condición o cualidad de la persona que hace que use de este o aquel derecho, como ser libre, siervo, ingenuo, liberto, alieni iuris, sui iuris»).
- 1119ESCRICHE, J.: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. IV. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta. Madrid, 1876, p. 576 voz «persona»: «*En derecho (persona), no es lo mismo que hombre: hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley le garantiza o le niega: Homo est, cuicumque mens ratione praedita in corpore humano contigit. Persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes: Persona est homo, cum statu quodam consideratus*».
- 1120Señalará en 1878 MODESTO FALCON que: «*desde que la esclavitud ha desaparecido del fondo de la sociedad, y el hombre ha sido restituido al goce de su dignidad y de sus derechos, la odiosa distinción entre hombre y persona ha desaparecido también. Hombre y persona son ya lo que nunca debieron dejar de ser: son una sola y misma cosa: son un solo y único ser. [...] El cristianismo y la civilización han borrado las diferencias que en la sociedad antigua separaban al hombre de la persona. Y siendo hoy, como realmente son, una misma cosa hombre y persona, la antigua definición de persona, fundada en esa odiosa diferencia, no puede en manera alguna aceptarse. La persona es hoy el hombre y todas las asociaciones por el hombre formados*» (MODESTO FALCON: *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*. Establ. tip. de D. Vicente Oliva Salamanca. 1878, p. 94).

su estado civil de donde se derivan sus derechos y obligaciones. Los derechos de que gozaba el hombre como miembro del estado o estamento no se consideraban derechos naturales o innatos sino derechos de clase o estamentales; como conjunto de privilegios, derechos y exenciones de que disfrutaba por pacto con la realeza, por constitución de la república o por el proceso histórico de estratificación de la sociedad operado a través de los diversos eventos socio-políticos¹¹²¹. Así, el hombre no tendría más personalidad que la determinada por su estamento y sería desigual a la de otros hombres situados en otros estamentos. Ser persona no representa al hombre en sí mismo, sino al hombre en su estado. Dicha concepción estamentalista pareció desaparecer con los ideales de igualdad y fraternidad de la Revolución francesa, pero no puede considerarse todavía un vestigio histórico del pasado porque con nuevas formulaciones ha vuelto a defenderse en el Derecho contemporáneo¹¹²². Así, en el ideario nacionalsocialista, p.ej., persona o sujeto de derechos era el individuo miembro del pueblo alemán. Es decir, el texto ordinamental nacionalsocialista sólo reconocía como miembro de la comunidad jurídica al miembro del pueblo alemán y era miembro del pueblo alemán quien tenía sangre alemana («*Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist*»)¹¹²³.

A2.1.2 La persona como sujeto titular del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto, y a este sujeto se le llamará, por los defensores de esta teoría, persona. Se trata ya, por tanto, de una categoría conceptual jurídica, pero de alcance técnico o instrumental. En todo caso, señala DE CASTRO, como la capacidad de ser sujeto -activo o pasivo- de derecho se considera también requisito para ser persona en la mayor parte de los autores esta dirección coincide con la que señala que persona es equivalente a capacidad jurídica¹¹²⁴, y solo adquiere un carácter propio cuando unos autores consideran que lo que entienden por la esencia del derecho subjetivo (voluntad, interés, fin, poder querer) ha de determinar la esencia de la personalidad¹¹²⁵. Cabe distinguir dentro de esta corriente las siguientes teorías:

- I) La esencia del derecho subjetivo consiste en un poder querer. No todo hombre es jurídicamente persona sino sólo el que efectivamente tenga la capacidad de querer, sólo el que tenga capacidad de obrar lo que supone negar la calidad de personas, en

1121HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Ed. EUNSA. 4ª ed. Pamplona 2008, p. 465.

1122CORRAL TALCIANI, H. «El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria» en *Revista chilena de derecho*, Vol. 17, Nº 2, 1990, p. 309. Recientemente en España, y ya en pleno SXX, DE COSSÍO Y CORRAL parece retomar la idea de la persona como hombre en su estado al afirmar: «*La sustancia individual de naturaleza racional capaz de determinarse libremente y susceptible de salvación o condenación eterna, que es la persona moral y ontológica, se convierte en jurídica en cuanto, siguiendo las exigencias que su perfectibilidad le impone, entra voluntariamente en la comunidad con los demás hombres. Adquiere desde ese momento una posición, un estado dentro del todo, en el que tiene el derecho y el deber de mantenerse*» (DE COSSÍO Y CORRAL, A., «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el derecho civil actual», *RDP*, XXVI- 1, 1943, p. 15.)

1123Según LARENZ (*Rechtsperson und Subjektives Recht*, Junker und dunnhaupt verlag, Berlín, 1935, pp. 29 y 39 cit. por DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. T. II, p. 24 n. 3) sólo el miembro del pueblo es miembro de la comunidad jurídica; el que no está en la comunidad popular cae bajo el derecho del huésped. Así, en el proyecto de CC que elaboraron los nacionalsocialistas (el *Volksgesetzbuch* I, § 1 [2]) se afirmará que, a cada miembro del pueblo, en base a sus obligaciones hacia la comunidad del pueblo, «*le asegura el ordenamiento jurídico su situación jurídica en la comunidad del pueblo, como expresión de su personalidad y de su responsabilidad*».

1124Así, p.ej., CASTAN TOBEÑAS conjugará ambas teorías (la teoría de la persona como equivalente a capacidad jurídica y la teoría de la persona como sujeto de derecho subjetivo) y afirmará que «*en el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas*» (en CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...*, T. I Vol. II. [15ª, ed. 2007], p. 105).

1125DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, cit. T. II p. 24.

sentido jurídico, a los menores y a los dementes¹¹²⁶.

II) La esencia del derecho subjetivo es la protección de una voluntad humana de lo que deducen los partidarios de dicha teoría que la persona es la voluntad y nada más que esta por lo que, concluyen, sujeto de derechos será el que posea tal facultad volitiva y sólo en la medida en que la posea. La corporeidad del hombre es, para su personalidad, un atributo irrelevante, difuminándose toda diferencia entre hombre y persona jurídica ya que los hombres son para el derecho personas jurídicas «*con un superfluo físico*»¹¹²⁷.

III) La esencia del derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. Señalará Ihering que los derechos son intereses jurídicamente protegidos¹¹²⁸ y que «*el sujeto del derecho es aquel a quien la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra es garantizar esta utilidad*»¹¹²⁹ si bien Ihering aclarará que «*el destinatario de todo derecho es el hombre*»¹¹³⁰. No obstante, diversos autores que han visto en el interés jurídicamente protegido la esencia del derecho subjetivo han considerado, excediendo la teoría de Ihering, que todo lo que tenga capacidad de tener necesidades que puedan ser protegidas por el derecho será una persona atribuyendo dicha consideración de persona a los animales, plantas u objetos lo que merece, sin duda, una rotunda crítica¹¹³¹.

IV) La esencia del derecho subjetivo es la protección jurídica de un fin por lo que el sujeto de derecho será ese fin. Así, se propondrá la supresión del concepto de persona y su sustitución por el de fin jurídico que, se dice por los defensores de esta tesis, es el verdadero sujeto jurídico¹¹³².

A2.1.3 La persona como equivalente a capacidad jurídica.

Una vez que la Revolución francesa proclamó la igualdad jurídica de todos los seres humanos y terminó con la primacía de la teoría de la persona como el hombre en su estado, el concepto de personalidad se vinculará con el de capacidad jurídica, entendida ésta como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Dicha teoría, que predomina en la dogmática civil, considerará que persona es el capaz de derecho y obligaciones, pero la doctrina se dividirá sobre si dicha capacidad debe ser entendida como una noción real (el ordenamiento se limita a reconocer la capacidad natural de todo ser humano que, por esa simple condición, es persona y, como tal, sujeto de derechos: la persona es, por tanto, capaz jurídicamente porque es capaz naturalmente) o formal (corresponde a la legislación positiva determinar quién es capaz jurídicamente y, por ende, quién es persona)¹¹³³. O, expresado, en otros términos, los defensores de la

1126Así, para HENKE solo son sujetos de derechos los capaces de obrar (cit. por DE CASTRO, *Derecho civil*, cit. T. II, p. 26 n. 1).

1127DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, cit. T. II p. 25 con cita de doctrina en n. 1 y 2.

1128JHERING, R. von: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. T. IV. Ed. A. Marescq. Paris, 1880. p. 326 señala: «*Les droits sont des intérêts juridiquement protégés*».

1129Ibíd. p. 323: «*Le sujet du droit, c'est celui auquel la loi destine l'utilité du droit (le destinataire); la mission du droit n'est autre que de lui garantir cette utilité*».

1130Ibíd. p. 326: «*Le destinataire de tout droit c'est l'homme*».

1131Como señala ROBLES los destinatarios de las leyes son siempre las personas (físicas y/o jurídicas) a las que van dirigidas, pero nunca los animales (que, en todo caso, podrán ser «objeto» de las mismas, en el sentido de que las normas puedan protegerlos frente a la crueldad humana) y ello porque la ley es escrita y una de sus condiciones es que, al hacerse pública, pueda ser entendida por sus destinatarios (ROBLES MORCHON, G.: *Teoría*, T. II ob. cit. p. 276).

1132Cfr. DE CASTRO, F.: *Derecho civil*, cit. T. II, p. 25 con cita de doctrina en n. 6.

1133Vide más ampliamente HOYOS CASTAÑEDA, I.M.: *De la dignidad...*, ob. cit. pp. 27-37 quien, asi-

capacidad como una noción real consideran que la capacidad natural de la persona (que le corresponde por el simple hecho de ser hombre) es un *prius* para el derecho que este debe, sí o sí, reconocer, no crear; mientras que los defensores de la capacidad como una noción formal entienden que es el ordenamiento quien «crea» la capacidad atribuyéndola a aquellos seres humanos o entidades que considere conveniente. Aquellas se encuentran muy próximas a las doctrinas realistas que analizaremos posteriormente y estas a las doctrinas formalistas que pasamos a exponer.

A2.1.4 De la persona como elemento de la norma jurídica.

El positivismo jurídico racionalista tiene en la «*Teoría Pura del Derecho*» de Kelsen su versión más acabada. Dicha Teoría, heredera del formalismo de Kant, es una doctrina formal del Derecho; le interesa la forma de lo jurídico y no su contenido. La obra de Kelsen representa dice LARENZ «*el más grandioso intento de fundamentación de la Ciencia del Derecho como ciencia... que ha visto nuestro siglo (XX)*»¹¹³⁴.

Para Kelsen existe una diferencia esencial entre el concepto de hombre y el de persona física. «*La persona física -dirá- no es el hombre como afirma la doctrina tradicional*»¹¹³⁵. El hombre no es un concepto jurídico sino bio-psicológico, una realidad natural¹¹³⁶; la persona física, por contra, es una noción elaborada por la ciencia del derecho, una construcción del pensamiento jurídico, para personificar las normas reguladoras de la conducta de un hombre¹¹³⁷ y responde a la necesidad de imaginar al portador de los derechos y deberes jurídicos¹¹³⁸. La persona, para Kelsen, es una calificación general del supuesto de hecho de la norma jurídica; un elemento de la norma jurídica; del derecho objetivo. Entre el concepto jurídico y filosófico de persona no hay relaciones necesarias ni relevantes para el derecho y la persona, jurídicamente hablando, no es sino el centro de imputación de las normas jurídicas. El concepto jurídico de sujeto del derecho o de persona dirá KELSEN, «*no es otra cosa que una construcción artificial, un concepto auxiliar que se ha creado el conocimiento jurídico con el fin de representarse gráficamente el material que trata de dominar, y bajo la presión de un lenguaje jurídico antropomórfico y personificador. La “persona” no es más que una expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas. es decir, de un complejo normativo*»¹¹³⁹. En resumen, la concepción kelseniana de persona insiste en que «*la persona es la unidad de personificación de un conjunto de normas. Esa unidad no se explica por la facticidad ni tampoco por una dimensión jurídico-natural del hombre, sino por el hecho de que una norma le otorgue al ser humano carácter jurídico*»¹¹⁴⁰. Así, el concepto de “persona” en Kelsen no tiene una realidad en sí mismo, independientemente de la norma jurídica que lo nomina; agota su

mismo, expone doctrinas intermedias entre la noción real y formal de capacidad.

1134LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ed. Ariel. 2ª ed. Barcelona, 1980, p. 91. Una síntesis de la vida del ilustre maestro de la Escuela de Viena en ROBLES MORCHÓN, G.: *Hans Kelsen: vida y obra*. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2014.

1135KELSEN, Hans: *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del derecho*. Ed. Reus. Madrid, 2009, p. 58.

1136KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*. 3ª ed. Ed. Eudeba Buenos Aires 2012, p. 102: «*La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes*».

1137KELSEN, H.: *El método...*, ob. cit. p. 58. Así, el jurista vienés afirmará que «*la “persona” es la personificación de un complejo de normas y, por tanto, de una parte -más o menos arbitrariamente individualizada- del orden jurídico objetivo*» (ibíd. p. 59).

1138HOYOS CASTAÑEDA, I.M.: *De la dignidad*, ob. cit. p. 8.

1139KELSEN, Hans: *El método...*, ob. cit. p. 58.

1140HOYOS CASTAÑEDA, I.M.: *De la dignidad*, ob. cit. p. 9.

existencia en la mera realidad formal¹¹⁴¹.

A2.2 La persona es un preconcepto de lo jurídico (la persona como ser ante el derecho).

El modelo positivista que defendía que la persona, en su sentido jurídico, es una creación del derecho se mostró, según los iusnaturalistas, inerte frente a las horribles violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes totalitarios nacionalsocialista y comunista que excluyeron en sus leyes de dicha condición jurídica a colectivos de seres humanos¹¹⁴². Todo ello condujo, después de la Segunda Guerra Mundial y en lo que se ha venido a llamar el «eterno retorno» del iusnaturalismo¹¹⁴³, al auge de las doctrinas «realistas» que consideran que la persona no es un producto del texto ordinamental positivo, es decir, una categoría abstracta y formal, sino una realidad natural que debe ser necesariamente reconocida por la normatividad como una situación preexistente. Y todo ello condujo, asimismo, a la crítica feroz, en ocasiones profundamente injusta, del positivismo¹¹⁴⁴. Las doctrinas realistas considerarán que la

1141 COFRÉ LAGOS, J.O.: «La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico» en *Revista de Derecho* vol. XXI nº 2 – diciembre 2008, p. 19.

1142 No obstante, GARCIA AMADO rechaza con argumentos convincentes que el positivismo jurídico tuviera culpa en la supuesta indefensión del jurista frente a las atrocidades nacionalsocialistas en GARCIA AMADO, J.A.: «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho» *AFD* nº 8, 1991, pp. 341-364.

1143 Dicho eterno retorno del derecho natural, señala ROBLES, tiene lugar sobre todo en épocas de profunda crisis y decepción sobre las atrocidades causadas por el ser humano [como así sucedió en Alemania tras la IIGM donde se acusó al positivismo de haber sido culpable ideológico de las atrocidades nazis (ROBLES, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 112)] y pretende colocar al iusnaturalismo en una posición privilegiada según la cual el precio por prescindir de dicha teoría es la tiranía y el despotismo de modo que: «el Derecho natural vendría a ser; de tal forma, el contrapunto de la *reductio ad Hitlerum*: o tiranía o Derecho natural» (ibíd. p. 111). Y así, autores como Radbruch, a la vista de las atrocidades del nazismo, pidieron la superación del positivismo porque este, dice, eliminó toda capacidad de defensa frente a la legislación opresiva del nacionalsocialismo (ibíd. p. 115) ya que, a su juicio, el positivismo, con su convicción de que 'la ley es la ley' había dejado a los juristas alemanes inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal (vide GARCIA AMADO, J.A.: «Nazismo...» ob. cit. 344). Pero dicho *argumentum ad nazium* es profundamente injusto con el positivismo jurídico, porque la afirmación iusnaturalista de que el positivismo jurídico niega todo derecho de resistencia ante la injusticia tergiversa la naturaleza del positivismo jurídico y confunde positivismo legalista y positivismo jurídico (ROBLES, G.: *Introducción...*, ob. cit. p. 115). El positivismo legalista sí que proclama la obediencia a ultranza e incondicionada a la Ley, pero es que dicha Escuela no es sino una forma de iusnaturalismo (ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, Vol. II ob. cit. pp. 95, 98, 411 *et passim*; del mismo autor, *Introducción...*, ob. cit. p. 83-84 y 115; del mismo autor, *Teoría del derecho*, Vol. III ob. cit. pp. 232, 244, 252 *et passim*); por contra, el positivismo jurídico se limita a señalar que la obediencia o no al derecho es una cuestión extrajurídica ya que el jurista tiene, como jurista, que limitarse exclusivamente a describir la realidad, en este caso el derecho; el problema de su acatamiento no juega aquí ningún papel porque la obediencia es diferente del conocimiento (ROBLES, G.: *Introducción...*, ob. cit. pp. 92 y 115). Es decir, el positivista jurídico podrá luchar, en su caso, contra el acto gravemente injusto (como cualquier persona), pero como jurista no negará que dicho acto gravemente injusto y coactivo es Derecho. En resumen, como ha señalado VEDEL, ser positivista o iusnaturalista no varía la actitud de un hombre honesto en cuanto a su deber de resistir la ley injusta: «El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista». Pero ninguno, honestamente, la aplicaría (VEDEL, G. 1990. "Indéfinissable mais présent", en *Droits* 11, p. 70 cit. por GARCIA AMADO, J.A.: «Nazismo...» ob. cit. p. 350).

1144 Es llamativo el reproche, formulado en la posguerra entre los juristas alemanes, contra el positivismo jurídico imputando a esta escuela la «culpa intelectual» del nazismo. Dramática e inmerecida imputación porque, dice ROBLES, casi todos los positivistas tuvieron que huir del régimen nazi y algunos murieron, o por su raza o por su ideología democrática (liberal o socialdemócrata), en los campos de exterminio (ROBLES, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 100). Dicha crítica al positivismo jurídico también ha venido recientemente de formas actualizadas del iusnaturalismo como es el neo-constitucionalismo (ROBLES, G.: *Teoría del derecho*, Vol. III ob. cit. p. 255. 249-253 *et passim*), pero, en todo caso, la imputación al positivismo jurídico de la culpa intelectual del nazismo es falsa, entre otras razones, porque durante la república de Weimar las tesis kelsenianas eran minoritarias y bajo el nazismo

persona, como sinónimo de hombre, es un *prius* para el derecho¹¹⁴⁵; que aquella precede al Derecho y éste a la Ley y que, por tanto, para que ésta sea justa -en la tradición española para que sea Ley¹¹⁴⁶- debe adecuarse a aquel y respetar la radical dignidad de la persona, principio y fin del derecho. De este modo, la personalidad jurídica no sería una concesión del Ordenamiento sino «una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer»¹¹⁴⁷. Entiéndase «no tiene más remedio que reconocer» so pena, para los partidarios de las tesis realistas, de que el Derecho se convierta en mera violencia que no obliga en conciencia y que el poder se deslegitime¹¹⁴⁸. En cuanto a esto último volveremos más tarde abordando, a continuación, el pensamiento de dos insignes representantes de esta escuela iusnaturalista-realista: De Castro y Hervada.

A2.2.1 El concepto de persona en Federico De Castro.

Consideraba DE CASTRO que la persona no puede ser una pura exigencia de carácter abstracto y formal de la norma jurídica o de los derechos subjetivos¹¹⁴⁹, ni un capítulo de la teoría de la relación jurídica, del derecho subjetivo o del negocio jurídico, sino una realidad social que preexiste al derecho -el derecho no crea a la persona- y que «exige -conforme al Derecho Natural-una regulación jurídica»¹¹⁵⁰. El ser humano recibe del Derecho la personalidad como un reconocimiento necesario y una consecuencia ineludible de la condición humana. «Persona es el hombre como todo compuesto de alma y cuerpo»¹¹⁵¹, un «ser racional, creado a imagen y semejanza del Creador»¹¹⁵². Un ser, en definitiva, dotado de dignidad y merecedor de la máxima tutela jurídica. Dentro del significado jurídico de la persona puede distinguirse un concepto técnico (la persona es imprescindible como «punto de convergencia y centro de imputación de derechos y deberes»¹¹⁵³) y un valor institucional. Este último se deriva «del valor intrínseco de la

Kelsen fue denostado tildándolo de judío liberal peligroso para la grandeza de Alemania (GARCIA AMADO, J.A.: ¿Se puede ser antikelseniano...» ob. cit.; «Nazismo...» ob. cit. *Passim*).

1145 En este sentido de considerar a la persona un *prius*, entre muchos otros, ALONSO PEREZ M.: «Reflexiones...», ob. cit. pp. 1123 y 1124; GARCIA RUBIO, M.P.: «La persona en el derecho civil...», ob. cit. p. 88, ibid. p. 106; HERNÁNDEZ GIL, A.: «Perspectiva...», ob. cit. p. 525 y ROGEL VIDE, C. y ESPIN ALBA, I. *Derecho de la persona*. Ed. REUS. 2ª ed. Madrid, 2018, p. 10.

1146 La ley injusta para la tradición jurídica española no es ley Ley porque esta es en palabras de Francisco Suárez, un *precepto común, justo y estable*, suficientemente promulgado («*Lex est commune praeceptum, iustum, ac stabile, sufficienter promulgatum*») (SUAREZ, F.: *Tractatus de legibus ac deo legislatore: in decem libros distributus* Libro I, capítulo 12 p. 51).

1147 DIEZ PICAZO, L y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...* Vol. I [13ª ed. 2016] p. 185.

1148 Así, señalará DE CASTRO, F.: *Derecho civil...* T. I, ob. cit. p. 24 «no puede merecer nombre de Derecho una regla que pretende imponer una conducta injusta o inmoral» y tampoco el nombre de ley cualquier mandato coactivo injusto e inmoral (ibid. pp. 25 y 40) porque «si son injustas, mejor podrán llamarse “violencia” que leyes» (ibid. pp. 37-38). Posición decididamente iusnaturalista, que hunde sus raíces en el pensamiento de Santo Tomás (que define la Ley como «ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad») o de la Escuela de Salamanca representada por Francisco Suárez (quien define la Ley como «un precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado»). Asimismo, para DE CASTRO la grave injusticia de la Ley puede conllevar la deslegitimación del poder y este modo, y comentando la frase de San Agustín de que, si suprimimos la justicia, la comunidad política se convierte en una gran banda de ladrones («*remota igitur iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia*»), concluirá DE CASTRO que los Estados no son sino grandes bandas de ladrones cuando les falta toda justificación de justicia (ibid. pp. 39 y 33). Deslegitimación del poder que ya puede leerse en nuestro periodo visigótico cuando San Isidoro de Sevilla afirmaba «*Rex eris si recte facies, si non facias, non eris*», o en nuestro Fuero Juzgo que señalaba «*rey serás si fecieres derecho, et si non fecieres derecho non serás rey*».

1149 DE CASTRO, F.: *Derecho civil...* T. I, ob. cit. pp. 28-30.

1150 Ibid. p. 28.

1151 Idem.

1152 Ibid. p. 30.

1153 Ibid. p. 32.

*persona, de su especial dignidad, de su carácter de ser con propios fines, que el Derecho tiene que respetar y debe proteger»*¹¹⁵⁴. En resumen, como señalaba DIEZ PICAZO la concepción del Derecho Civil de DE CASTRO se puede llamar con rigor personalista pues hace girar el Derecho Civil en torno a la idea primaria de persona y, tras ella, de la de familia. Dicha defensa primaria de persona, dicho personalismo, no conduce al individualismo porque DE CASTRO reconocía el valor de los cuerpos intermedios entre individuo y Estado¹¹⁵⁵. Y es una concepción realista, de raigambre católica, que considera que la persona es una realidad que preexiste al Derecho quien está obligado, bajo pena de ilegitimidad, a reconocerla¹¹⁵⁶.

A2.2.2 El concepto de persona en Hervada.

Señala HERVADA que si bien el concepto filosófico y jurídico de persona son distintos porque tienen notas que los diferencian dicha distinción puede entenderse de dos formas: según la tesis de la desvinculación o separación, propia de la teoría estamental de la persona como el hombre en su estado, ambos conceptos -el filosófico y jurídico de persona- son adecuadamente distintos (i.e. coinciden solo en el nombre con que se expresan -persona- y el sujeto al que se refieren, pero no tienen nada en común) o según la tesis de la vinculación y subordinación del concepto jurídico de persona al filosófico ambos conceptos son inadecuadamente distintos porque el concepto filosófico de persona es superior al jurídico¹¹⁵⁷. HERVADA se adhiere a esta última tesis y concluye que el hombre es persona, ante el ordenamiento jurídico-social, por sí mismo, en virtud de su dignidad o eminencia del ser, que lo constituye como ser-en-relación y, en cuanto tal, como sujeto de relaciones jurídicas. La personalidad jurídica -ser persona- no es una atribución de la ley o de la sociedad porque todo hombre es persona en sentido jurídico, en cuanto que es -y porque es- persona en sentido ontológico¹¹⁵⁸. Considerar que la legislación -o la sociedad- conceden la personalidad jurídica al hombre es, dice HERVADA, una actitud anacrónica y antihistórica, un atentado contra la dignidad humana y un desconocimiento de lo que significa que el hombre es persona en sentido ontológico¹¹⁵⁹.

A2.3. La Persona para la TCD.

Para la TCD el significado de la palabra “*persona*” no es unívoco, sino que varía

1154DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*T. II, ob. cit. p. 33. Confluyen en la doctrina de DE CASTRO la concepción cristiana que considera que todo hombre, al haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, es un ser digno, y la concepción kantiana que considera al ser humano un fin en sí mismo, un ser de fines, que no puede ser usado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos.

1155DIEZ PICAZO en su prólogo a la reedición en 1984 de la obra *Derecho civil de España* de DE CASTRO (p. IX).

1156En todo caso, sorprende que siendo DE CASTRO iusnaturalista y máximo exponente jurídico del nacional-catolicismo considere que «llevar el comienzo de la personalidad al momento de la concepción sería destruir el concepto de persona; el embrión, ni jurídica ni filosóficamente hay que considerarlo persona» (DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*T. II, ob. cit. p. 117). No obstante, DE CASTRO parece, como dice ALONSO PEREZ («Reflexiones...», ob. cit. p. 1126 n. 48), estar conforme con la declaración de que «los derechos generales de la humanidad corresponden también al no nacido desde el momento de la concepción (*Derecho Civil de España II p 117 n. 7*)» por lo que, en el fondo, DE CASTRO parece reconocer cierta personalidad jurídica al concebido aunque solo sea para ostentar dichos «derechos generales de la humanidad».

1157HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas*, ob. cit. pp. 463-464.

1158Para HERVADA son rasgos ontológicos fundamentales de la persona humana la racionalidad, la in-comunicabilidad, la comunicación personal, la socialidad, la libertad, la finalidad y la debitud. Más ampliamente CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J.: «La condición de persona como fundamento del derecho en la iusfilosofía de Javier Hervada» *Dikaion. RFJ*, Año 24 -Vol. 19 N°. 2. Colombia-dic. 2010, pp. 292-298.

1159HERVADA, J.: *Lecciones propedéuticas*, ob. cit. p. 469.

dependiendo del marco teórico en que la usemos: sintáctico, semántico o pragmático¹¹⁶⁰. Y es que recordemos que la TCD se compone de tres partes. Al estar inspirada en la filosofía lingüística, sigue la tripartición de esta última en sintaxis, semántica y pragmática. A la sintaxis le corresponde la teoría formal del derecho. A la semántica, la teoría de la dogmática jurídica. A la pragmática, la teoría de las decisiones jurídicas. Aunque realmente el profesor ROBLES, como destaca la profesora APARISI MIRALLES, sólo ha realizado un estudio detallado y profundo de la persona desde la teoría formal del derecho¹¹⁶¹, no obstante, del conjunto de su obra podemos extraer importantes elementos que nos permitan abordar, asimismo, la perspectiva semántica y pragmática de dicho concepto. Así, cabe diferenciar:

1) Al plano de la sintaxis (teoría formal del derecho) no le interesa cuál debería ser el valor-concepto de persona, ni el significado concreto que un ordenamiento adscribe a dicho valor-concepto, sino, únicamente, qué se entiende por persona en sí mismo en cuanto concepto formal aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles. En este plano, la TCD -en su vertiente de teoría formal del derecho- partirá de la distinción entre «hombre» (*homo*) y sujeto jurídico, distinguiendo, dentro de esta última categoría, sujetos que son personas y sujetos que no son personas. El «ser humano» es una realidad biológica y psicológica (un ser dotado de cuerpo y psique). Y si bien en el derecho moderno todo ser humano es persona dicha coincidencia, como nos ha demostrado la historia, no es conceptualmente necesaria por lo que ante la pregunta de si es posible que un ordenamiento jurídico no reconozca la cualidad de persona a todos los individuos, hay que contestar que sí es posible¹¹⁶². Por eso, la condición **jurídica** («no se olvide -nos recuerda reiteradamente el autor- que estamos tratando aquí del concepto jurídico de persona, y no de su noción filosófica, religiosa o humana»¹¹⁶³) de sujeto jurídico¹¹⁶⁴ y de persona es siempre una creación del derecho y no se es jurídicamente persona antes de que las normas jurídicas lo establezcan¹¹⁶⁵. Por tanto, los conceptos filosóficos y jurídico de persona no tienen por qué coincidir¹¹⁶⁶.

Como hemos dicho dentro de los sujetos jurídicos distingue ROBLES MORCHÓN los sujetos que son personas (aquellos a los que el ordenamiento les reconoce plena

1160ROBLES, G.: *Los juegos*, ob. cit. p.76; del mismo autor, *Teoría del derecho*, T. I. ob. cit. pp. 908-909

1161APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona y la teoría comunicacional del Derecho» en la obra *Comunicación...*, ob. cit. [e-book] p. RB-14.2; de la misma autora: «La aportación de la teoría comunicacional del derecho al problema de la relación entre las nociones de ser humano, sujeto jurídico y persona: algunas consideraciones», en *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. p. 129.

1162ROBLES MORCHÓN, G.: *Teoría del derecho*, T. I. ob. cit. p. 882.

1163Ibid. p. 912.

1164Ibid. p. 916: «Ser sujeto jurídico es una cualidad o situación que determina un orden normativo de carácter jurídico, esto es, un ordenamiento. Cada ordenamiento, mediatizado por el sistema [...] determina qué realidades son sujetos jurídicos». Y afirma, más adelante, que la situación jurídica, en que consiste ser sujeto de Derecho en un ámbito, la otorga el ordenamiento (sistema) mediante normas ónticas, que establecen quiénes o qué realidades son sujetos. Esa determinación supone la concreción de los destinatarios de las normas del sistema jurídico que conciernan a dichos sujetos de manera directa o indirecta (ibid. p. 917).

1165Ibid. p. 883: «la persona en el sentido jurídico es siempre una creación del Derecho». Insiste este autor en esta idea al señalar que «la personificación está siempre regulada por normas del Derecho positivo; y esto es así, tanto en la que afecta a los individuos como en la que concierne a los entes colectivos. Sin el acto o la decisión de personificación, no hay persona, ni física ni jurídica. El Derecho positivo, por tanto, a través de normas del tipo de las ónticas determina, primero, quiénes son sujetos jurídicos y después, o simultáneamente, quienes son personas» (ibid. p. 927). De forma que: «"Ser persona" no es, pues, una cualidad natural» sino que «la personalidad es un otorgamiento de las normas de Derecho. No se es persona antes de que las normas jurídicas lo establezcan. La prueba que confirma esta tesis es que un ordenamiento jurídico puede negar carácter personal a determinados individuos, como sucedía en la Antigüedad» (ibid. p. 912).

1166Ibid. p. 919.

capacidad jurídica) y sujetos que no son personas (aquellos a los que el ordenamiento no les reconoce plena capacidad jurídica porque no pueden ser plenamente titulares de derechos). En derecho romano no todos los sujetos jurídicos eran persona¹¹⁶⁷; lo mismo sucede en el derecho moderno donde existen sujetos jurídicos -p. ej. las comunidades de bienes o herencias yacentes- que no son personas, aunque todas las personas sí son sujetos jurídicos; el concepto de sujeto jurídico es más amplio que el de persona¹¹⁶⁸. De este modo, acaba concluyendo este autor: «*"Ser persona" en su sentido jurídico es, pues, la situación jurídica básica en que se encuentra un individuo (u organizaciones) dentro de un ámbito jurídico en atención a que las normas del ordenamiento / sistema le otorgan esa situación*»¹¹⁶⁹.

2) Al plano de la semántica (teoría de la dogmática jurídica) lo que le interesa es la concreción que un concreto texto ordinamental concede al valor-concepto de persona (concepto dogmático o jurídico-positivo); lo que le interesa, por tanto, es quiénes son personas para el derecho español vigente. La tarea de la dogmática, por muy creativa que sea, no puede sustituir a las decisiones fundamentales contenidas en la constitución sino que debe interpretar, conceptualizar y sistematizar los textos ordinamentales para presentarlos en sistema, pero teniendo siempre en cuenta lo establecido por las autoridades jurídicas y, sobre todo, por el poder constituyente y el legislativo.

Como vimos, para la TCD, la persona en sentido jurídico es una creación, una atribución del Derecho. Cada ordenamiento atribuye -mediante las técnicas de «*personificación*» e «*imputación*»- el carácter de sujeto jurídico o de persona con criterios heterogéneos, buscando casi siempre soluciones pragmáticas y siendo ambos conceptos -sujeto jurídico y persona- relativos, en cuanto a su significado concreto, al ordenamiento de que se trate. En el caso del texto ordinamental español, señala ROBLES, no encontramos una determinación específica de quiénes son personas físicas. Sí es cierto que el Libro Primero del Código civil lleva como título «*De las personas*» conteniendo a continuación un Título I (arts. 17-28) que lleva por nombre: «*De los españoles y extranjeros*» lo que parece implícitamente dar a entender que tanto unos como otros -los españoles y los extranjeros, esto es, todos los individuos humanos- son personas para el Derecho español, aunque no lo diga expresamente el texto normativo¹¹⁷⁰.

Lo que sí regula el Código civil en el título denominado «*Del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil*» (arts. 29-34) es la personalidad jurídico civil (es decir limitada a los efectos patrimoniales y sin que necesariamente ese concepto sea

1167Ejemplo paradigmático sería el esclavo o el *filii* en Roma que -dice ROBLES- son sujetos jurídicos (para el Derecho romano todos los individuos humanos son sujetos jurídicos, *ibid.* p. 916), pero no personas porque esclavo y *filii* tienen deberes jurídicos, pero no plenos derechos subjetivos (*ibid.* p. 917).

1168Mas ampliamente con ejemplos del derecho tributario véase *ibid.* p. 918. En el mismo sentido, *ob. cit.* p. 927: «*todas las personas son sujetos jurídicos, pero no todos los sujetos jurídicos son personas*».

1169ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*, T. I. *ob. cit.* p. 913.

1170Ibid. pp. 927-928. En todo caso, a mi juicio, dicha conclusión -en derecho español todos los seres humanos son personas- aunque no se exprese *verbatim* es indudable en nuestro texto constitucional, aunque sea por remisión. No olvidemos que según el art. 96 CE «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*» y de acuerdo con el artículo art.10.2 CE «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Y dicha DUDH de 10-12-1948 señala en su artículo 6: «*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*». En la misma idea insisten numerosos Tratados internacionales de los que España es parte. Y, como decimos, dichos textos ordinamentales forman parte, por decisión del constituyente, del ordenamiento nacional.

extrapolable a otros sectores del ordenamiento) al señalar en su art. 29 que: «*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*» y en el art. 30, en la redacción dada por la DF 3ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, que: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*»¹¹⁷¹. Y considera el profesor ROBLES que, aunque el *nasciturus*, para el sistema normativo mayoritario, no es persona en nuestro ordenamiento, al menos no puede negársele su condición de sujeto jurídico, en la medida en que se le reconoce como titular potencial de derechos¹¹⁷²; es decir, el profesor ROBLES es consciente de que el sistema normativo defiende mayoritariamente (con base en las resoluciones de nuestro TC y TEDH a que luego aludiremos) que el *nasciturus* no es persona, pero él personalmente en su propio sistema expositivo–didáctico, que es minoritario y no ha alcanzado la condición de sistema normativo, sí considera que el art. 10 CE permitiría sostener la condición de persona del *nasciturus*¹¹⁷³. La «*dignidad de la persona*», que significa –en síntesis– que el ser humano no es nunca un medio sino siempre un fin en sí mismo¹¹⁷⁴ y que según dicho precepto es fundamento del orden político y de la paz social, es aplicable, como principio constitucional fundamental¹¹⁷⁵, tanto al «*anciano en el lecho de muerte como al feto en el útero materno*» porque ambos «*son seres humanos dotados de dignidad*» y portadores «*por el mero hecho de ser humanos... del valor de dignidad*»¹¹⁷⁶. Por otro lado, destaca ROBLES algo que es nuclear en su pensamiento y es que existen no solo derechos fundamentales sino también deberes fundamentales y así si leemos el art. 10 CE en clave de deberes y no sólo de derechos dicho artículo establecería el deber de respetar «*la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, el deber de respetar el libre desarrollo de la personalidad, y el deber de respetar la ley y los derechos de los demás*»¹¹⁷⁷ y desde esta perspectiva es indudable que «*el aborto violaría gravemente el deber de respetar*

1171 Antes de tal redacción señalaba dicho art.: «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*».

1172 Ibid. p. 936. Así, señalará ROBLES que en el ordenamiento español, ante la ausencia de un texto que defina claramente qué debe entenderse por persona, la doctrina y jurisprudencia invocan los arts. 29 y ss CC. Pero no debe olvidarse que estos artículos forman parte de un Título del CC rotulado «*Del nacimiento y extinción de la personalidad civil*» (subrayado mío) y que al promulgarse el CC en 1889 estaba vigente el CP de 1870 que castigaba con rigor en sus arts 425-428 el aborto por lo que el legislador al redactar el CC tuvo en mente la protección penal del *nasciturus* y, por tanto, limitó su concepto de persona, o mejor dicho, de personalidad civil, sólo a los «efectos civiles» como, por otra parte, expresaba su originario art. 30 CC. Por eso, los arts. 29 y ss. del CC se limitan a regular las condiciones del individuo humano para ser titular de personalidad civil, y, asimismo, lo relativo al *nasciturus*, pero siempre «a efectos civiles» por lo que tratar de deducir de dichos arts. del CC un concepto general de persona, es tomar la parte por el todo (sinécdoque) ya que de estos arts solo deriva el concepto de personalidad civil, que no tiene por qué coincidir con el concepto de persona (ibid., p. 938.). Prueba de la falta de coherencia de la interpretación constitucional –añade APARISI– es la incongruencia que subyace al hecho de que el art. 29 CC establezca que al *nasciturus* se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, y sin embargo, no sea considerado ni tan siquiera sujeto de derecho (en APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona...» ob. cit. p. RB-14.2; también en.: «La aportación...» ob. cit. p. 133)

1173 Con relación al término «persona» del art. 10 CE afirma ROBLES que: «*Persona, pues, no es aquí un concepto jurídico, sino un concepto moral que hay que identificar con ser humano, independientemente de sus condiciones concretas de existencia biológica, social y política; por lo tanto, independientemente del momento de su formación biológica*» (en ROBLES, G.: «El libre desarrollo...», ob. cit. p. 48) por lo que «*dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que dignidad del ser humano*» (Ibid., pp. 48), Mas ampliamente sobre este tema en APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona...» ob. cit. p. RB-14.3 y APARISI MIRALLES, A.: «La aportación...», ob. cit. p. 136.

1174 ROBLES MORCHON, G.: «El libre desarrollo...», ob. cit. p. 47, 55 *et passim*.

1175 Los elementos a que alude el artículo 10.1 si bien no son derechos fundamentales, sí son «principios constitucionales fundamentales» (ibid. pp. 51 y 52)

1176 Ibid. p. 48.

1177 Ibid. p. 54.

la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad moral, pues instrumentaliza a un nuevo ser humano rebajándolo a la categoría de objeto» y olvidando que el «feto humano es un nuevo ser humano» que «como nuevo ser humano es sujeto de dignidad humana»¹¹⁷⁸. Podría argumentarse que la dignidad de la persona a la que hace referencia el art. 10 CE es una norma constitucional que contiene un precepto meramente moral y no jurídico, pero esta manera de argumentar no es aceptable porque, como señala el Prof. Robles: «en el derecho todo es derecho, y no moral ni cualquiera otra cosa» de modo que «el texto jurídico global, que es un ordenamiento, excluye la posibilidad de que entre sus elementos proposicionales (normas) los haya extraños al derecho mismo (principio de prioridad pragmática)»¹¹⁷⁹.

En todo caso, para dicho autor, aunque se aceptara que jurídicamente y desde una visual dogmática el *nasciturus* no es, para el derecho español, persona lo que es indudable es que es sujeto jurídico en la medida en que se le reconoce como titular potencial de derechos de modo que cuando el art. 15 CE elude la expresión '*todas las personas*' lo que hace el precepto es decantarse por un derecho universal a la vida de todos los individuos humanos, cualquiera que sea el estadio de su formación biológica.

3) Al plano de la pragmática (teoría de las decisiones jurídica) lo que interesa es el aspecto axiológico; cuál debería ser el valor-concepto de persona y, en definitiva, lo que se pregunta es quiénes deben ser personas. Es, en este nivel, donde hay que cuestionarse a qué realidades es justo que el orden jurídico conceda la categoría de sujeto de derecho o de persona o si es justo que a todos los seres humanos se le debe de reconocer la cualidad de persona, y si en esta noción de «*seres humanos*» entran también los *nascituri*¹¹⁸⁰. La teoría de la justicia, en el marco de la teoría de la decisión constituyente, se pregunta si es justo considerar persona solo a los nacidos o sería más justo incluir también al *nasciturus*, y se pregunta, asimismo, qué concepto de persona deberían recoger nuestros textos ordinamentales (principalmente, nuestro texto constitucional). Esta cuestión es muy importante porque una vez que la constitución ha recogido un determinado concepto-valor de “*persona*” las decisiones jerárquicamente inferiores tienen el deber jurídico de manejar ese concepto-valor, y ningún otro. Y en el marco de la decisión judicial el texto ordinamental en que esta se concreta -la sentencia- debe aspirar igualmente, como ya vimos, a una justicia sistémica.

Y, en este plano axiológico, el profesor ROBLES parece inclinarse por la radical injusticia que supone privar al *nasciturus* del derecho a la vida¹¹⁸¹. Así, señalará que la

1178Ibíd. p. 55.

1179ROBLES MORCHÓN, G.: *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*, Madrid, 2009, p.114. Insiste en dicha idea en ROBLES MORCHÓN, G.: *Teoría...*, vol. II, p 288.

1180Defiende también dicha ubicación dentro de la teoría de las decisiones jurídicas de la problemática del *nasciturus* APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona...» ob. cit. p. RB-14.1 y APARISI MIRALLES, A.: «La aportación...» ob. cit. p. 128-129.

1181Así, señalará ROBLES que sorprende las expresiones con las que el TC califica al *nasciturus* a quien designa con «*con el poco amable y muy metafísico nombre de 'bien jurídico'*» o con el nombre de «*resonancias zoológicas*», de 'sujeto vital', pero, añade este autor, «*para el Derecho no hay sujetos 'vitales', sino sujetos 'jurídicos'*. Cuando la CE proclama en su art. 15 que '*todos tienen derecho a la vida*' –subrayo '*todos*' y no '*todas*'– se está refiriendo, en mi opinión, a todos los sujetos jurídicos, tal como empleamos este concepto. Al eludir la expresión '*todas las personas*' me parece que lo que hace el precepto es decantarse por un derecho universal a la vida de todos los individuos humanos, cualquiera que sea el estadio de su formación biológica. No obstante, el TC ha modificado el sentido de esta norma a tenor de las presiones políticas para abrir la puerta al aborto intencional, denominado eufemísticamente '*interrupción voluntaria del embarazo*', cuando lo que en verdad se interrumpe... es la vida de un sujeto vital y, por lo tanto, jurídico» (ROBLES, G. *Teoría...* I, ob. cit. p. 937-938)

formulación en el texto constitucional del derecho a la vida ha sido deliberadamente ambigua al usar la expresión «*todos*» en su artículo 15 dejando, a propósito, la incertidumbre de si dicha palabra incluía a todos los *nascituri*. Dicha formula constitucional es fruto de un consenso político ficticio¹¹⁸² que daña el derecho a la vida de todo ser humano de modo que la ambigüedad constitucional solo consigue encubrir la injusticia¹¹⁸³. Es imprescindible como parte de un nuevo consenso racional que introduzca más aun la razón ética en el orden político el respeto, entre otros valores axiológicos, a «*todo proceso de vida*»¹¹⁸⁴. Y es imprescindible el respeto a la dignidad de la persona que *ad extra* consiste en el reconocimiento por parte de los otros de la dignidad que, como persona, le es inherente al hombre que es un valor en sí mismo y nunca un medio¹¹⁸⁵; que le es, en suma, inherente a todo ser humano con independencia, entre otros aspectos, «*del momento de su formación biológica*»¹¹⁸⁶.

En resumen, la TCD en el plano axiológico de la pragmática (teoría de las decisiones jurídica) considera que el Derecho debería seguir un adecuado realismo (reconociendo a todo individuo humano el carácter de persona desde el punto de vista jurídico) y no, por el contrario, pretender configurar a la persona exclusivamente desde perspectivas formalistas¹¹⁸⁷, pero todo ello no obsta a que, como vimos, desde un punto de vista formal y dogmático quepa constatar que ciertos individuos no han sido o no son jurídicamente personas sin que ello afecte a la juridicidad de dichos ordenamientos.

A2.4 Toma de postura

Comparto la tesis formalista de persona formulada por la TCD en el sentido de que, desde un plano sintáctico, la condición jurídica de persona es siempre una atribución del ordenamiento y que “*ser persona*” en su sentido jurídico es la situación jurídica básica en que se encuentra un individuo (u organización) dentro de un ámbito jurídico en atención a que las normas del ordenamiento / sistema le otorgan esa situación. En el plano formal de la TCD (aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles pasados, presentes o futuros), es indudable que ha habido hombres que no eran personas (al menos en su sentido material, aunque formal y nominalmente se les designara así) y no por eso dichos ordenamientos perdieron su juridicidad; no por ello dejaron de ser ordenamientos jurídicos porque la juridicidad no reside en la justicia sino en su coercibilidad o, más exactamente, en la existencia de normas deónticas de ejecución coercibles. Ello no es incompatible con señalar que desde un punto de vista axiológico (de teoría de las decisiones jurídicas) todo ser humano deba ser considerado persona. Pero si un Derecho pasado o por venir niega dicha condición jurídica de persona a ciertos seres humanos no por ello dejaría de ser derecho (aunque como veremos produciría otras consecuencias extrajurídicas: no existiría deber moral de obediencia -en casos extremadamente graves generaría, de hecho, obligación moral de combatirlo y resistirlo- y convertiría a los Estados en “*grandes bandas de ladrones*”).

Las teorías iusnaturalistas que se esconden dentro de las doctrinas que consideran el concepto jurídico de persona como un preconcepto de lo jurídico, además de confundir

1182Dicho consenso es ficticio, no real, porque difiere su solución a un momento posterior bien por vía legislativa o jurisprudencial (ROBLES, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 175).

1183ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 175.

1184Ibid. p. 176.

1185Idea sin duda de reminiscencias kantianas. Vide más ampliamente sobre esta cuestión ROBLES MORCHON, G.: *Teoría...*, I, pp. 896-901.

1186Ibid. p. 189.

1187APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona...» ob. cit. p. RB-14 1 y APARISI MIRALLES, A.: «La aportación...» ob. cit. p. 139.

deliberadamente los conceptos filosóficos y jurídicos de persona, tienden a señalar que la infracción por parte del texto ordinamental de su deber “natural” de reconocer como persona a todo ser humano conlleva la negación de la juridicidad de dicho ordenamiento y su ilegitimidad. Así, señalará de modo terminante DE CASTRO, recordando la doctrina agustiniana y tomista¹¹⁸⁸, que las leyes injustas dictadas por un Estado no son jurídicas y no solo «*pierden toda fuerza jurídica*»¹¹⁸⁹, sino que además «*mejor podrán llamarse violencia que leyes y son injustos los preceptos que impongan una conducta directamente contraria al Derecho natural, a la moral o a la naturaleza de las cosas*»¹¹⁹⁰. Por tanto, en la doctrina realista-iusnaturalista, si un Derecho deja de calificar como personas a todos los seres humanos deja de ser derecho. No es este el lugar para realizar una crítica profunda de los postulados del dualismo iusnaturalista, pero en lo relativo a la afirmación iusnaturalista de que la norma jurídica injusta no es una norma jurídica debemos manifestar, con HART, que dicha afirmación «*suenan tanto a exageración y paradoja si no a falsedad*»¹¹⁹¹. Exageración, por otro lado, que no se creen ni los más acérrimos iusnaturalistas y así, p. ej. cuando De Castro, paradigma del iusnaturalismo español del S XX, afirmaba que la ley injusta no era ley sino violencia uno podía entonces buscar ansiosamente en su magna obra «Derecho civil de España» una confrontación de nuestro ordenamiento civil con los más altos cánones de Justicia. «Inútilmente» porque como diría el prof. HIERRO «*nunca encontraría la afirmación de que un precepto, por ser injusto o por no armonizar con el derecho natural no fuese jurídico*»¹¹⁹². Por otro lado, negar juridicidad al derecho injusto sería negar juridicidad al Derecho Romano (con su esclavitud, su *ius vitae et necis*, su tutela de la mujer), al Derecho moderno (en España no habría existido derecho hasta que en el S XIX se abolió definitivamente la esclavitud o hasta que en 1978 se terminó con la discriminación legal de la mujer) o a numerosos ámbitos del derecho comparado (la pena de muerte en EEUU, el derecho de la época nacionalsocialista o soviética, el vigente derecho norcoreano). En el fondo, sería negar juridicidad, a voluntad subjetiva del jurista que enjuicia el ordenamiento, a cualquier derecho que ha existido o existirá porque, en el fondo, como señalará POPPER «*la historia del poder político no es sino la historia de la delincuencia internacional y del asesinato en masa (incluyendo, sin embargo, algunas de las tentativas para suprimirlo)*»¹¹⁹³. Frente a dicha concepción iusnaturalista debemos señalar con el prof. ROBLES que hoy carece de sentido negar carácter jurídico al Derecho calificado de injusto¹¹⁹⁴ porque, como señalara el positivismo, el Derecho es una forma que admite cualquier contenido siempre que haya sido válidamente promulgado siendo la Justicia ajena a la juridicidad. La esencia del Derecho no es la Justicia sino la coercibilidad o, más exactamente, existe Derecho cuando existen dentro del ámbito normas deónticas de ejecución coercibles¹¹⁹⁵; existe

1188Así, señala San Agustín, De libero Arbitrio, I, 5: «*non videtur esse lex quae iusta non fuerit*» (no parece que sea ley la que no fuere justa). Por su parte, Santo Tomás, S. Th I, II, q.95, a.2 señalará que, si la ley humana contradice en cualquier cosa a la ley natural, entonces no será ley sino corrupción de la ley («*si vero [lex humana] in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio*») añadiendo más adelante (S. Th. Parte I-IIae – q. 96): que las leyes pueden ser injustas o bien porque se oponen al bien humano en cuyo caso «*tales disposiciones tienen más de violencia que de ley. Porque, como dice San Agustín en I De lib. arb.: La ley, si no es justa, no parece que sea ley. Por lo cual, tales leyes no obligan en el foro de la conciencia, a no ser que se trate de evitar el escándalo o el desorden*» o bien porque se oponen al bien divino en cuyo caso «*tales leyes nunca es lícito cumplirlas, porque, como se dice en Act. 5,29: Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres*».

1189DE CASTRO, F.: *Derecho civil, T. I*, p. 40.

1190DE CASTRO, F.: *Derecho civil, T. I*, pp. 37-38.

1191HART, HERBERT: *El concepto de derecho*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, pp. 9-10.

1192HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L «El Realismo...», ob. cit. pp. 9 y 10

1193POPPER, Karl. R. *La sociedad abierta y sus enemigos* Ed. Paidós p. 482.

1194ROBLES MORCHON, G.: Introducción..., ob. cit. p. 168

1195Para la TCD la coactividad es una característica esencial del Derecho porque no es concebible un orden jurídico real sin normas deónticas de ejecución (ROBLES, G.: *Teoría del Derecho*, I cit. p. 403).

derecho cuando el sistema de proposiciones lingüísticas de caracteres especiales en que consiste es capaz de aplicarse coactivamente (independientemente de la justicia de su contenido) y no existirá si no es capaz de imponerse coactivamente. O, dicho de otro modo, el derecho de la Alemania nacionalsocialista era derecho (un orden coercible) aunque no obligara moralmente en conciencia. Pero derecho era. El derecho, en abstracto, no está revestido de una especial dignidad vulnerada la cual (según criterios subjetivos) ya no es derecho (cualquier derecho según el iusnaturalista que lo juzgue podría perder, si no, su juridicidad). El derecho simplemente es si es capaz de aplicarse coactivamente (independientemente de la justicia de su contenido) y no es sino es capaz de imponerse coactivamente. Cuestión repetimos distinta -y extrajurídica- es que haya deber moral de obedecer el Derecho gravemente injusto.

Las leyes sobre judíos en la Alemania nacional socialista, las leyes sobre esclavitud en derecho romano y en muchos Estados hasta el S XIX o el art.4 del CC de Rusia de 1922 que consideraba la capacidad jurídica una concesión del Soviet¹¹⁹⁶ formaron, sin duda, parte del respectivo Ordenamiento Jurídico, se aplicaron coactivamente por los órganos del poder judicial y no sería concebible que un dogmático del derecho al exponer el sistema de derecho vigente pretiriera en su exposición deliberadamente una ley gravemente inicua porque considerara que no es derecho sino violencia. Ahora bien, dichas leyes injustas, aunque jurídicas no obligan a respetarlas en conciencia por no respetar el concepto filosófico de persona ni el valor vida. Ni al jurista, ni al juez, ni al ciudadano. Ni obligan moralmente -sí jurídicamente- al sostenimiento de los gastos del Estado que las promulga¹¹⁹⁷ y, en casos atroces, permiten moralmente la revolución y el tiranicidio¹¹⁹⁸. La respuesta ante el derecho injusto, de este modo, no tiene que por qué ser más débil que la respuesta de un iusnaturalista que se limita a decir que dichos ordenamientos no son derecho frente a toda evidencia y eso porque muchos iusnaturalista proclaman con grandes palabras que el derecho injusto no es derecho sino violencia pero luego, como señala HIERRO con relación a DE CASTRO¹¹⁹⁹, en toda su

Pero si bien la coactividad es una cualidad de los sistemas jurídicos, eso no significa que sea una cualidad de todos los tipos de normas jurídicas. El Derecho es coactivo porque, en todo ordenamiento, existen necesariamente normas deónticas de ejecución que imponen a los órganos de ejecución el deber de ejecutar las sanciones impuestas por los órganos de decisión, pero junto a dichas normas deónticas de ejecución conviven otro tipo de normas que no son por sí coactivas (ROBLES, G.: *Los juegos...*, cit. p. 72; del mismo autor, *Teoría del Derecho*, I cit. pp. 402-403). Sobre la preferencia de utilizar el término coercibilidad -coacción virtual- a coacción en acto como esencia del Derecho cfr. últ. ob. cit. p. 404.

1196 Señalaba dicho art. 4 del CC Ruso de 1922 que: «*Para desarrollar las fuerzas productivas del país, la República Socialista Federativa Soviética de Rusia proporciona capacidad jurídica civil (la capacidad de tener derechos y obligaciones civiles) ...*». El CC de Rusia de 11/06/1964 cambia dicho criterio y afirmará en su art. 9 que: «*La capacidad jurídica se reconoce por igual a todos los ciudadanos...*».

1197 Ya los *Magni Hispani* de la Escuela de Salamanca afirmaron que las leyes tributarias injustas o dudosamente justas no obligan en conciencia al pago (PERDICES DE BLAS, L. y REVUELTA LÓPEZ, J.: «La cuestión fiscal en el pensamiento de la Escuela de Salamanca» *XVI Encuentro de Economía Pública*. Granada, 2009, p. 17) siendo requisitos para que un tributo sea justo: primero, que se establezca por la autoridad con poder para ello; segundo, que su fin sea el bien común; tercero, que sea general y proporcional; cuarto, que respete las exenciones del clero y nobleza, cuando sean legítimas, y de los pobres, siempre (ibíd. p. 18) y, quinto que sea -según ciertos autores- consentido por el pueblo (p. 19).

1198 Tiranicidio admitido por, entre otros, Juan de Mariana en el Libro I Cap. V a VII de su obra (1599) *Del Rey y de la Institución de la dignidad real*, pp. 76, 77, 79, 82 *et passim*. Más ampliamente sobre el pensamiento de este jesuita en MERLE, ALEXANDRA: «El "De rege" de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio; un discurso de ruptura?», *Criticón*, n° 120-121, 2014, sobre todo pp. 96-97

1199 En efecto, De Castro «*definía el Derecho como reglamentación ordenadora de una comunidad legitimada por su armonía con el Derecho natural. Afirmaba, consecuentemente, que una ley injusta era más bien "violencia" que "ley". Uno podía entonces buscar ansiosamente una confrontación de nuestro ordenamiento civil con los más altos cánones de Justicia. Inútilmente*» porque «*nunca encontraría la afirmación de que un precepto, por ser injusto o por no armonizar con el derecho natural no fuese jurídico*» (HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L «El Realismo...», ob. cit. pp. 9 y 10).

obra publicada en plena dictadura nacional católica no hay ni una sola referencia a una norma del texto ordinamental entonces vigente que, por su injusticia, no mereciera ser considerada derecho, exponiendo en su Sistema de Derecho normas que no solo carecían de legitimidad de origen, sino también de ejercicio por vulnerar el valor fundamental de la igualdad (normas sobre hijos ilegítimos, sobre mujer casada etc.).

En resumen, a mi entender, el Derecho gravemente injusto frente a lo que sucede con el Derecho Justo, aunque es derecho no produce deber moral de obediencia y convierte a los Estados, en célebre expresión agustiniana, en «grandes bandas de ladrones»¹²⁰⁰. Dicho derecho injusto produce, así, dos consecuencias:

I) Ausencia del deber moral de obedecer el derecho injusto. La ley injusta deja de obligar en el fuero de la conciencia. Es más, en sus formas más groseras el derecho injusto produce deber moral de resistirlo y revolverse contra él. ¿Alguien duda que en la Alemania Nazi era un deber moral del alemán tratar de subvertir el orden legal? Como señala SANCHEZ CAMARA «*sólo las decisiones correctas del poder legítimo merecen la obediencia; es decir sólo el Derecho justo*»¹²⁰¹ siendo variados los medios de reacción frente al derecho injusto: algunos de dichos medios ponen en cuestión la legitimidad (como la revolución -cambio radical y normalmente violento del orden político y social-, la rebelión y la resistencia pasiva) otras no (como la desobediencia civil pública y notoria de una norma injusta aceptando el castigo y sin poner en cuestión la legitimidad del orden jurídico en su conjunto)¹²⁰². Dicha resistencia frente al Derecho injusto no es patrimonio solo del iusnaturalismo, sino también puede serlo del positivismo jurídico. Aquel negando al derecho injusto su condición de Derecho; este afirmando que el Derecho injusto es Derecho, pero existe deber extrajurídico -moral- de resistirlo. Y es que el ser positivista o iusnaturalista no varía la actitud de un hombre honesto en cuanto a su deber de resistir la ley injusta: «*El juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista*». Pero ninguno, honestamente, la aplicaría¹²⁰³.

En todo caso, la norma para que sea justa debe cumplir dos exigencias: legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio. Como ha señalado FERNÁNDEZ GARCÍA solo hay obligación moral de obedecer al derecho justo¹²⁰⁴ y las dos exigencias de la justicia del derecho son la producción democrática (legitimidad de origen) y el respeto a los derechos fundamentales (legitimidad de ejercicio) aunque, en cuanto a este último requisito y para no incurrir en una petición de principio iusnaturalista (reconocimiento de unos derechos fundamentales fuera y previos al orden jurídico), diríamos que la legitimidad de ejercicio se traduce en el respeto a los valores -no derechos-

1200 Sin duda, como señala ROBLES MORCHON la cuestión de si los hombres tienen el deber (moral o de otro tipo) de obedecer el derecho es uno de los problemas tradicionales de la filosofía política (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 53).

1201 SANCHEZ CAMARA, I.: ABC literario de 17 de octubre de 1987 p. XII.

1202 SANCHEZ CAMARA, I.: ABC literario de 17 de octubre de 1987 p. XII. Una de las primeras reflexiones teóricas y uno de los más célebres ejemplos de desobediencia civil lo constituyó la negativa de Henry David THOREAU (1817-1862) a pagar impuestos como protesta contra la política de EE.UU. sobre la esclavitud y la guerra contra México.

1203 VEDEL, G. 1990. "Indéfinissable mais présent", en *Droits* 11, p. 70 cit. por GARCIA AMADO, J.A.: «Nazismo...» ob. cit. p 350

1204 FERNANDEZ GARCIA, E. «El punto de vista moral y la obediencia al Derecho» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. - Núm. 6. Mayo-agosto 1990 pp. 45-55, especialmente pp. 46 y 49. En el mismo sentido, del mismo autor «La obediencia al Derecho» en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 1, sept. 2011 – febr. 2012: p. 117 et passim.

fundamentales de la persona; a lo que ROBLES llamaría «valores-derechos humanos»¹²⁰⁵. En todo caso, para que no exista deber moral de obedecer el derecho el incumplimiento de la legitimidad de origen o de ejercicio deben ser graves¹²⁰⁶.

II) El Derecho injusto convierte al Estado en «grandes bandas de ladrones». Como señalaba De Castro, la célebre pregunta retórica de San Agustín [*«Remota igitur iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?»*, *De Civ. Dei*, 4,4)] hay que entenderla en el sentido de que los reinos son grandes bandas de ladrones cuando les falta toda justificación de justicia¹²⁰⁷. Esta pregunta retórica de san Agustín, con reflejos literarios¹²⁰⁸ e históricos¹²⁰⁹ ha sido una constante en nuestra cultura jurídica occidental¹²¹⁰. El Estado tiránico jurídicamente será Estado y su ordenamiento Derecho; moral y axiológicamente no es sino una «gran banda de ladrones» al que no hay deber moral (sí jurídico) de obedecer.

B La capacidad.

El tema de la capacidad supone - como ha resaltado GORDILLO- "pisar sagrado" «*pues estamos ante la más radical general y directa traducción jurídica de la personalidad*»¹²¹¹.

Los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar fueron formulados por la Pandectística alemana del XIX, tomando como fundamento los textos de derecho

1205 ROBLES MORCHON, G.: *La justicia...*, ob. cit. p. 81.

1206 Así, FERNANDEZ GARCIA, E. «Justicia y obediencia al Derecho ¿Existe una obligación moral de obedecer al Derecho?» en *Perspectivas Actuales del Derecho*, p. 346.

1207 DE CASTRO, F. *Derecho civil*, T. I ob. cit. p. 39. Y, así, señala De Castro que si el Derecho fuese simple conjunto de reglas de conducta impuestas y el Estado solo organización no podría diferenciarse de los mandatos de la fuerza y de la asociación de bandidos (ibíd. p. 33).

1208 Cuando Don Quijote (II, Capítulo LX. *De lo que sucedió a don Quijote yendo a Barcelona*) pasa unas horas con el bandido catalán Roque Guinart, contempla como distribuye el botín entre los bandidos «*con tanta legalidad y prudencia, que no pasó un punto ni defraudó nada de la justicia distributiva*», concluyendo Sancho que: «*Según lo que aquí he visto, es tan buena la justicia, que es necesaria que se use aun entre los mismos ladrones*».

1209 Recordemos el pasaje que narra San Agustín en *De Civ. Dei* al referirse a un pirata que capturado por el emperador Alejandro le dice a este: «*La diferencia entre tu y yo es que tú lo haces a gran escala; a mí me llaman pirata y a ti emperador*» (ROBLES, G.: *Los derechos fundamentales ...*, cit. p. 104).

1210 Se ha planteado la Dogmática dónde reside la diferencia entre las imposiciones de la administración fiscal y la imposición de una banda de ladrones de entregar el dinero («*la bolsa o la vida*»). Mientras San Agustín, y en general el iusnaturalismo, resuelve el dilema señalando que la diferencia se encuentra en la Justicia (presente en el Derecho y ausente en la imposición de la banda de ladrones), el positivismo jurídico considera que, puesto que ni la justicia ni ningún otro valor moral pueden distinguir al ordenamiento jurídico, la única diferencia radicará en la eficacia de modo que, si la banda de ladrones consigue que su ordenamiento, en lugar de ser reprimido por el del Estado, domine en determinado territorio, dicho ordenamiento de los ladrones pasará a cobrar validez por su eficacia, y será éste el verdadero orden jurídico, perdiendo eficacia y, en consecuencia, validez el sistema jurídico del Estado (Kelsen, *Teoría*, pp. 57-62). Por su parte, para la TCD lo que distingue la orden del ladrón de la norma es que esta última es una orden dada por una autoridad dentro de su propia competencia (ROBLES, G.: *Teoría...*, Vol. I ob. cit. p. 179).

1211 GORDILLO CAÑAS, A. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986, p. 13.

romano¹²¹², si bien no hay que olvidar que Roma desconocía esa distinción sistemática¹²¹³. Aunque dicha distinción no ha estado exenta de críticas, principalmente -dice De Castro- por el reparo subconsciente de llamar capaz -con capacidad jurídica- a quien se calificaba de incapaz¹²¹⁴, lo cierto es que la misma es casi unánime en la doctrina y no se aprecian motivos de fondo para propugnar su modificación¹²¹⁵.

En los textos romanos hay expresiones que usan la palabra capacidad, pero como señala IGLESIAS, ni *capax*, ni *caput*, ni *persona* son empleados técnicamente para indicar el sujeto de derecho¹²¹⁶. Con el término «*capax*» se alude a la aptitud o idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones en relaciones concretas¹²¹⁷. «*Caput*» tampoco significaba capacidad sino cabeza, individuo y se aplica tanto en relación con los sujetos de derechos (*liberum caput*¹²¹⁸) como con relación al esclavo (*servile caput*¹²¹⁹) si bien, la máxima de Paulo recogida en D. 4,5,3,1 («*servile caput nullum ius habet*») se transformó en la expresión justiniana «*servus nullum caput hab(et)*»¹²²⁰ y es aquí donde el término «*caput*» ya tendrá el significado de capacidad jurídica¹²²¹. Por tanto, en las fuentes bizantinas la voz *caput* ya se usa en el sentido de capacidad y la expresión *capitis deminutio* pasa a significar disminución de la capacidad¹²²².

1212La formulación moderna de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar se encuentra en GRO-CIO quien señala que el menor es «*capaz de dominio por derecho de gentes, aunque se impida el ejercicio por aquella imperfección de juicio que dijimos*» (GROCIO, H.: *Del derecho de la guerra y de la paz*. T. II. Ed. Reus. Madrid, 1925, p. 27). SAVIGNY, exponente máxima de la Escuela Histórica del derecho y precedente de la Pandectística, recoge dicha distinción dándole, como dice DE CASTRO, el valor general que, desde entonces, tendrá en la dogmática (vide DE CASTRO, F.: *Derecho Civil*, T II ob. cit. p. 40). Así, diferenciará SAVIGNY (*Sistema I*, § 60, ob. cit. p. 304) la «*capacidad de derecho*» que trata de dar respuesta a la pregunta de quién puede ser sujeto de una relación jurídica (posesión posible de los derechos) de la posibilidad de ejercicio de los derechos o facultad de obrar.

1213TAFARO critica la tendencia de los romanistas a utilizar nociones modernas para entender el Derecho Romano porque más que ayudar a entender el pasado, son fuente de equívocos. En concreto, considera un error el examen de la realidad romana a la luz, p.ej., de la capacidad jurídica o de obrar, categorías elaboradas por la Pandectística, pero que no existían entre los romanos (TAFARO, S.: *Ius hominum causa constitutum. Un derecho a medida del hombre*. Ed. Dykinson. 1ª ed. Madrid 2014, pp. 87-89).

1214DE CASTRO, F.: *Derecho civil*...T. II. ob. cit. p. 43.

1215Vide, no obstante, en DE CASTRO, F.: *Derecho civil*...T. II. ob. cit. pp. 42 y 43 los argumentos de la corriente marginal contraria a la admisibilidad de dicha distinción.

1216IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, ob. cit. p. 85.

1217FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho Privado romano*. Ed. Iustel. 7ª ed. Madrid 2014 pp. 170-171. Así, en D. 47.2.23 *in principio*, «*doli capax*» aludía a la aptitud del sujeto para ser considerado responsable de actos propios realizados con dolo («*Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Julianus libro vicesimo secundo Digestorum scripsit*»); trad «Escribió Juliano en el Libro vigésimo segundo del Digesto que el impúber puede cometer hurto, si ya fuera capaz de dolo»); en D. 9.2.5.2, «*iniuriae capax*», se analiza la capacidad del loco, infante e impúber para responder por el daño causado («*Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*», trad. «Pero si (el daño) lo hace un impúber, Labeón dice que le será de aplicación la ley Aquilia, puesto que le es aplicable la acción por hurto: y considero que esto es cierto, puesto que es capaz de cometer injuria»); en D. 29.2.8.1, «*consilii capax*», alude a la idoneidad del impúber para discernir acerca de la conveniencia o no de aceptar una herencia, («*Impubes, qui in alterius potestate est, si iussu eius adierit hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei acquirit hereditatem*», trad. «Si el impúber, que está bajo la potestad de otro, hubiere adido la herencia por mandato de este, aunque no hubiera sido capaz de consejo, adquiere para él la herencia») etc.

1218D 26,1, 1, pr: «*Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civile data ac permessa*», (trad. «La tutela es, según la define Servio, la fuerza y la potestad sobre un individuo libre para proteger al que por su edad no puede defenderse espontáneamente, dada y permitida por el derecho civil»).

1219D 4, 5, 3, 1: «*servile caput nullum ius habet*» (trad. «una cabeza servil no tiene ningún derecho»).

1220Inst. 1, 16, 4: «*Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit*» (trad. «Mas el esclavo manumitido no es disminuido de capacidad porque no tenía capacidad»)

1221IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, ob. cit. p. 86 y FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho Privado romano*, ob. cit. p. 171.

1222FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho Privado romano*, ob. cit. p. 171.

Pero, como vimos, junto a estos términos la teoría de los *status* determinaba que solo aquellas personas que gozaban del *status libertatis* y *civitatis* y además disfrutaban de *status familiae* como *homo sui iuris* se les reconociera una plena capacidad jurídica, pero sin que esta se identifique exactamente con el *status personarum*¹²²³. La pérdida del *status libertatis* daba lugar a la *capitis deminutio máxima*; la pérdida la ciudadanía a la *capitis deminutio media* y la pérdida de la posición que se ocupa en la familia daba lugar a la *capitis deminutio mínima*.

En el siglo XIX la Pandectística se propuso «*la sobrehumana tarea de someter a sistema las decisiones casuistas de los textos romanos*»¹²²⁴ y ahormar el Derecho romano a una estructura dogmática sistematizada. En materia de capacidad distinguirán entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La primera -la capacidad jurídica- representa la dimensión estática de la personalidad y se definirá como la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos; la idoneidad para ser sujeto de facultades y deberes¹²²⁵. De dicha definición la dogmática moderna deriva sus propiedades y así, como resumen GORDILLO CAÑAS, «*la capacidad jurídica... acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, y es siempre una y la misma; es decir, igual en todos y para todos, y en cada cual estática, constante, uniforme y general o abstracta. No admite grados ni modificaciones*»¹²²⁶ y es reflejo directo y expresión general e inmediata de la personalidad¹²²⁷. La segunda -la capacidad de obrar- representa la dimensión dinámica de la personalidad y se definirá como la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces. Así, mientras la capacidad jurídica es simple reflejo de la personalidad, la capacidad de obrar, exige, además, un mínimo de madurez en la persona: la necesaria, en palabras del ant. art. 200 CC (en su redacción anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio), para «*governarse por sí misma*»; mientras la capacidad jurídica acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte, la capacidad de obrar «*no acompaña necesariamente a la personalidad, ni se da en igual medida en todos los hombres, ni aun en la misma persona en los distintos momentos de su vida*»¹²²⁸; mientras la capacidad jurídica es abstracta, igual para todos, siempre una y la misma, la capacidad de obrar, al exigir en la concreta persona de quien se predica la madurez necesaria para valorar la conveniencia de los actos que pretende realizar, exige aptitud o capacidad de autogobierno y de ello se deriva que sea contingente -se puede tener o carecer de ella- y variable: admite grados y modificaciones¹²²⁹.

Sobre si la capacidad jurídica es una creación del derecho o, por el contrario, precede al derecho que debe reconocerlo bajo sanción de no poder ser considerado derecho cabe reproducir la discusión que ya vimos sobre el concepto de «persona» y distinguir, de acuerdo con la TCD, tres planos de análisis: desde un punto de vista de la teoría formal

1223 Como señala IGLESIAS la capacidad jurídica no coincide necesariamente con el *status personarum*, porque si para gozar de plena capacidad jurídica es necesario tener *status libertatis* y *civitatis* no es suficiente tener, además, el «*status familiae*», dado que tanto el *homo alieni iuris* como el *homo sui iuris* tienen una posición en la familia —el «*status familiae*»—pero solo el *homo sui iuris* disfruta de plena capacidad. Por otro lado, sigue señalando dicho autor, el concepto de *capitis deminutio*, que debemos traducir por pérdida del *status*, no se traduce necesariamente por el de disminución de la capacidad jurídica puesto que si bien es cierto que las *capitis deminutiones* máxima y media conllevan un empeoramiento de la condición jurídica no cabe decir lo mismo, salvo algunas excepciones, de la mínima (IGLESIAS, J.: *Derecho romano*, ob. cit. p. 105).

1224 DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 529 n. 2.

1225 GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad...*, ob. cit. p. 20 con cita de numerosa doctrina.

1226 *Ibid.* p. 21 con cita de numerosa doctrina.

1227 *Ibid.* p. 26, 32 *et passim*.

1228 *Ibid.* p. 39.

1229 *Ibid.* pp. 38-40.

del derecho considero, tal y como ya manifesté al referirme a la «persona», que la capacidad jurídica es, siempre, una atribución del ordenamiento. En efecto, en el plano formal de la TCD (aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles pasados, presentes o futuros), es indudable que a lo largo de la historia del derecho han existido ordenamientos que negaban a determinados hombres capacidad jurídica (porque no podían ser sujeto de derechos) y ordenamientos que atribuían y no solo reconocían la capacidad jurídica y no por eso dichos ordenamientos, de la Edad Antigua pero también de la Edad Contemporánea, perdieron su juridicidad; no por ello dejaron de ser ordenamientos jurídicos porque la juridicidad no reside en la justicia sino en la coercibilidad¹²³⁰. Desde un punto de vista de teoría de la dogmática jurídica es indudable que en el texto ordinamental español vigente todo hombre disfruta de capacidad jurídica¹²³¹. Y, por último, y desde un punto de vista axiológico (de teoría de las decisiones jurídicas) todo ser humano debería ser considerado jurídicamente persona y toda persona debería tener capacidad jurídica. Pero, reiteramos, si un Derecho pasado o por venir niega capacidad jurídica a ciertos seres humanos no por ello dejaría de ser derecho (sin perjuicio de que, como vimos, dicho Derecho no generaría deber moral de obediencia).

C El problema del comienzo de la personalidad y capacidad jurídica.

El principal problema teórico y práctico que plantea la persona, la personalidad y la capacidad jurídica no es ya si hay hombres que no sean jurídicamente personas porque todas las legislaciones actuales establecen que todo hombre por el hecho de pertenecer a la especie del orden de los primates llamada *homo sapiens* es jurídicamente persona, tiene personalidad y capacidad jurídica. El problema es ¿desde cuándo se puede considerar que se pertenece a la especie y, en consecuencia, se es persona: desde la concepción o desde el nacimiento? Cuestión nuclear del derecho y, por ello, no es de extrañar la enorme discusión científica a la que ha dado lugar entre quienes consideran jurídicamente persona y atribuyen personalidad y capacidad jurídica al concebido y quienes se oponen a dicha afirmación. Dentro de esta última corriente de pensamiento enormemente plural encontramos quienes desde posiciones inequívocamente positivistas entienden que sólo es jurídicamente persona y tiene personalidad jurídica aquel a quien el ordenamiento reconoce dichas cualidades pero también autores iusnaturalistas enormemente alejados de dicha tradición jurídica normativista que, como entendía DE CASTRO, consideran que: «llevar el comienzo de la personalidad al momento de la concepción sería destruir el concepto de persona; el embrión, ni

1230 En derecho romano los esclavos, entre otros, carecían de capacidad jurídica porque, aunque nominal y formalmente se les designara personas, no eran aptos para ser sujetos de derechos. Y en derecho moderno, aunque es un principio universalmente extendido que todo ser humano tiene derecho a la capacidad jurídica no han faltado sistemas en la Edad contemporánea que no han considerado dicha capacidad un precepto de lo jurídico sino una concesión del ordenamiento. Así, señalaba dicho art. 4 del CC Ruso de 1922 que: «Para desarrollar las fuerzas productivas del país, la República Socialista Federativa Soviética de Rusia proporciona capacidad jurídica civil (la capacidad de tener derechos y obligaciones civiles). El CC de Rusia de 11/06/1964 cambia dicho criterio y afirmará en su artículo 9 que: «La capacidad jurídica se reconoce por igual a todos los ciudadanos...».

1231 La DUDH de 10/12/1948 que forma parte del ordenamiento español interno (art. 10.2 y 96 CE) señala en su art. 6: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». Usando ya no el término personalidad jurídica sino concretamente capacidad jurídica el art. 15.2 y 15.3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobado por Naciones Unidas en su resolución 34/180 del 18/12/1979, que entró en vigor el 3/9/1981 establece que: «2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad [...].3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo».

jurídica ni filosóficamente hay que considerarlo persona»¹²³². Por tanto, siendo honestos la distinción en este debate no es entre iusnaturalistas y positivistas sino entre quienes consideran que el concebido es jurídicamente persona y quienes consideran que no y normalmente lo califican como «esperanza de persona». Tampoco la distinción reside en que la primera teoría considere que no es el derecho quien crea a la persona mientras que la segunda sí porque si bien la primera afirmación es cierta la segunda no y así dentro de los autores que niegan la condición jurídica de persona al concebido hay quienes entienden que no es el Derecho quien crea a la persona¹²³³. También, siendo honestos, no cabe decir que todos los que se sitúan en esta segunda posición no defiendan el derecho a la vida del *nasciturus* pero entienden, muchos de ellos, que dicha protección corresponde directa y especialmente al Derecho penal, no al Derecho Privado¹²³⁴.

Cabe por tanto distinguir dos grandes líneas teóricas:

C1) Teorías que consideran a todo concebido jurídicamente persona y le atribuyen personalidad y capacidad jurídica.

Esta corriente de pensamiento considera que todo ser humano es persona desde la concepción y tiene, desde ese momento, personalidad que el Ordenamiento debe simplemente reconocer y no crear. Ha sido defendido por numerosos autores en nuestro Derecho¹²³⁵ entre los que destacan recientemente HERVADA XIBERTA y dos

1232DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*T. II, ob. cit. p. 117 considerando este autor que la protección jurídica del concebido corresponde al Derecho Penal (ibíd. p. 113). No obstante, DE CASTRO parece, como dice ALONSO PEREZ («Reflexiones...», ob. cit. p. 1126 n. 48), estar plenamente conforme con la declaración de que «los derechos generales de la humanidad corresponden también al no nacido desde el momento de la concepción (*Derecho Civil de España II p 117 n. 7*)» por lo que, en el fondo DE CASTRO, parece reconocerle cierta personalidad jurídica al concebido aunque solo sea para ostentar dichos «derechos generales de la humanidad». En todo caso, creo, con ALONSO PEREZ, que la posición de DE CASTRO sería quizá otra «si la obra se hubiera escrito en nuestros días, en que la mentalidad abortista hace estragos en el indefenso *nasciturus*» (ALONSO PEREZ M.: «Reflexiones...», ob. cit. pp. 1125 y 1126). Crítica igualmente esta teoría de De Castro y especialmente que la única o primigenia protección del *nasciturus* sea el Derecho Penal con argumentos convincentes ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial...*, ob. cit. pp. 76 y 77.

1233DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*T. II, ob. cit. p. 28.

1234Nótese que los principios que informan el Derecho Penal (de intervención mínima, subsidiariedad etc.) no tienen por qué coincidir con el de otras ramas del Derecho. Por eso, para quienes niegan que el *nasciturus* es persona y tiene personalidad la protección del mismo corresponderá al Derecho penal (ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 67; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* T. I Vol. 2 [15ª ed., 2007], ob. cit. p. 118; DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*T. II, ob. cit. p. 113; GARRIDO DE PALMA, V.M.: «El Derecho civil, protector del ser humano», *ADC 1983-4*, p. 1365; RAMOS CHAPARRO, E.J.: *La persona y su capacidad civil*. Ed. Tecnos. Madrid. 1995, p. 273; DORRAL GARCIA J.A.: «Concepto filosófico y concepto jurídico de persona», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos n° 2, 1975*, pp. 125 y 126).

1235Entre los autores más antiguos se adscriben a la teoría de la concepción, entre otros, ARAMBURO Y MACHADO, M.: *La capacidad civil*. Ed. Reus, 2ª ed. Madrid 1931, pp. 28 y ss.; COMAS Y ARQUES, A.: *La revisión del Código Civil español. Parte especial. T II*. Madrid. 1895, pp. 61 y ss. si bien de *lege ferenda*. Asimismo, este autor, coetáneo de la redacción del Código civil y participe en los debates parlamentarios, dejó constancia de su crítica durante dicha redacción (cfr. Diario de las Sesiones de Cortes. Senado. Sesión del 31-1-1889 n° 34 p. 472). [Sobre las distintas intervenciones parlamentarias en las dos redacciones que sufrió el art. 29 CC vid. ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. pp. 41 y ss.]. Entre los autores más modernos se adscriben a la teoría de la concepción entre otros BRASILEIRO DE AZAMBUJA, R.R.: «El *nasciturus* es persona humana», en *BICAM 1984-6*, pp. 9-12 especialmente p. 11; CALVO ALVAREZ, J.: «Consideraciones en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el aborto» en *Ius Canonicum*, XXXIV, núm. 68, 1994, especialmente pp. 516 y 521 *et passim*; GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho civil español*. Ed Civitas. Madrid. 1983; HERNÁN CORREA, T.: «Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer» en *RDUCV XIII (1989- 1990)*, pp. 45 y ss.; ALONSO PEREZ M.: «Reflexiones...», ob. cit. p.

seguidores, si bien con distintos matices, de su teoría: STORCH DE GRACIA¹²³⁶ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ¹²³⁷. Así, entiende HERVADA que la juridicidad es una condición natural, no cultural, de los hombres lo que significa que «*por naturaleza el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y en consecuencia que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico*» por lo que concluye que «*ser persona no es de origen positivo sino natural porque los hombres por naturaleza son sujetos de derecho*»¹²³⁸. Añade, este autor, que si consideramos que existen derechos naturales entonces es indudable que «*ser persona tiene su origen en la naturaleza, porque el hombre es por naturaleza, no ya capaz de derechos y obligaciones, sino titular de derechos y deberes*»¹²³⁹. Todo ser humano -toda persona en sentido ontológico- es persona en sentido jurídico y negar la personalidad jurídica a un ser humano cualquiera que sea su condición o estado (nacido o no nacido, de una raza o de otra, etc.) es una injusticia¹²⁴⁰ porque «*el concepto de persona en sentido jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona del que es un corolario*»¹²⁴¹. Todo ser humano tiene derecho, además, al reconocimiento de su personalidad jurídica señalando que esta «*personalidad jurídica natural*» comporta no solo la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, sino sobre todo la titularidad de derechos y deberes naturales¹²⁴². La personalidad jurídica, señala, es una dimensión de la persona, ser sujeto de derecho, que no se confunde con el contenido de la personalidad que es el conjunto

1126; LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto del Derecho*. Ed. Dykinson. 1ª ed. Madrid 2013 pues si bien entiende *de lege lata* que en el ordenamiento español el concebido carece de personalidad jurídica considera injustas las previsiones de los arts. 29 y 30 CC y plantea *de lege ferenda* «*la conveniencia de atribuir al concebido personalidad jurídica plena*» desde la la concepción porque, a su juicio, el Ordenamiento no puede negar ni limitar la personalidad ni los derechos humanos de ningún ser humano, y el concebido lo es (ob. cit. pp. 237 y 238).

1236STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: «*Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido*», *La Ley*, 1987, nº 2, pp. 1100-1117 entiende que todo ser humano es persona desde la concepción y tiene, desde ese momento, personalidad; personalidad que incluye necesariamente, dada su pre-juridicidad, un conjunto de derechos naturales primarios o esenciales a la propia naturaleza humana por lo que la Ley solo podrá limitar el contenido de la personalidad mientras no afecte a aquel contenido mínimo señalado (ibíd. pp. 1107 y 1108) ya que el CC puede hacer lo que quiera con los derechos patrimoniales, pero no negar el contenido esencial de los derechos de la personalidad (ibíd. p. 1113). Persona y personalidad son para este autor un *prius* del Ordenamiento, un pre-concepto de lo jurídico (ibíd. p. 1109) y el *nasciturus* es titular de derechos de la personalidad, a la vida, a la integridad física, a la dignidad o integridad moral, a la identificación personal y a la libertad (ibíd. pp. 1111-1112) considerando que el art. 29 CC merece una interpretación correctora porque, en realidad, debe decir «*el nacimiento determina la capacidad jurídica patrimonial*» ya que al *nasciturus* debe reconocérsele capacidad jurídica abstracta pues es titular al menos de los derechos fundamentales que el derecho no crea sino que simplemente reconoce (ibíd. p. 1112). En resumen, el *nasciturus* es persona, tiene personalidad jurídica y capacidad jurídica abstracta desde la concepción (ibíd. pp. 1113-114).

1237MARTÍNEZ DE AGUIRRE sostiene que todo ser humano, incluyendo al concebido, es por el hecho de serlo persona y titular actual de los derechos fundamentales primarios (a la vida y la integridad física) y, por ende, en esa medida, es necesariamente sujeto de derechos y tiene una personalidad jurídica natural que, al menos, abarca la titularidad del contenido mínimo necesario constituido por el derecho a la vida y la integridad física. (MARTINEZ DE AGUIRRE, C.: «*Comentario al artículo 29 del Código Civil*» en *Código civil Comentado*. Vol. 1. ob. cit. p. 274). Por ello, la Ley solo podrá limitar la potencialidad de ser sujeto de derechos y obligaciones distintos de esos derechos naturales primarios y solo cuando por razones estrictamente naturales no exista una integración plena y autónoma del ser humano en la comunidad social (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «*En torno al concepto jurídico de persona*» en *Cuadernos de Bioética 2002/1ª, 2ª, 3ª* pp. 43-54; del mismo autor, «*¿El nacimiento determina la personalidad?*», en *Actualidad civil*, Nº 3, 2001, pp. 1087-1108; del mismo autor, «*Comentario al artículo 29 del Código Civil*» ..., ob. cit. pp. 273-279).

1238HERVADA XIBERTA, J.: «*Concepto Jurídico y concepto filosófico de persona*», *La Ley*, 1981-1, p. 943.

1239Ibíd. pp. 943 y 944.

1240Ibíd. p. 944 y 946.

1241Ibíd. p. 944.

1242Ídem.

de derechos y deberes que tiene la persona en calidad de tal¹²⁴³; contenido de la personalidad que debe comprender necesariamente los derechos naturales básicos y que, en lo que no afecte a dichos derechos naturales, puede ser regulado por la Ley positiva que, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico, puede fijar plazos para el comienzo de los derechos que no sean naturales. En resumen, para este autor la Ley civil no puede ni destruir ni limitar los derechos naturales de modo que, a su juicio, constituye un atropello -una injusticia- negar el derecho a la vida al no nacido¹²⁴⁴.

C2) Teorías que no consideran persona ni atribuyen personalidad y capacidad jurídica al concebido.

Como hemos afirmado esta teoría es enormemente plural porque dentro de ella cabe incluir postulados inequívocamente positivistas y autores iusnaturalistas. En todo caso, dentro de esta teoría destacan quienes consideran que el *nasciturus*, sea o no persona, tiene una personalidad jurídica que califican de provisoria¹²⁴⁵, anticipada¹²⁴⁶ o condicional sujeta a condición suspensiva de nacimiento con los requisitos del art. 30 CC¹²⁴⁷; quienes consideran que el *nasciturus* es un ser humano o un ser vivo pero no es jurídicamente una persona¹²⁴⁸; quienes consideran que el *nasciturus* ni es persona ni individuo¹²⁴⁹; quienes consideran que el *nasciturus* aunque no es persona ni tiene personalidad tiene subjetividad jurídica no plena y capacidad jurídica plena¹²⁵⁰; quienes

1243Ibíd. p. 945.

1244Ibíd. p. 946.

1245SANCHEZ ROMAN F.: *Estudios de Derecho Civil II. Parte General* Madrid 1911. Establ. tip. «Sucesores de Ribadeneyra». Analecta Editorial. Pamplona. 2004, p. 179.

1246GARCÍA CANTERO, G.: «El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)» en *Constitución...*, ob. cit., p. 155.

1247ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil español I*. Ed. RDP, Madrid.1982 pp. 260-263.; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* I, ob. cit. p. 161; SANCHEZ ROMAN F.: *Estudios...II*, ob. cit. p. 168; GARCIA AMIGO, M.: *Instituciones...*, ob. cit. p. 326; BONET RAMON, F.: *Compendio de Derecho civil*. Ed. RDP, Madrid. 1959, p. 331.

1248ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*ob. cit. pp. 23, 24, 44, 45 y 49 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentarios al art.29 Cc» en *Comentarios Edersa. T. I. Vol. 3º* [2ª ed.].

1249Señalaba el senador ROMERO GIRON en su defensa parlamentaria del art. 29 CC en 1889 que: «no hay derecho de personalidad, como lo entiende y debe entenderlo el Código, hasta que no hay persona; [...] las personas necesitan en la naturaleza y en la realidad moral de la vida, una singularidad especial: no confundirse con otra. Para ser persona se necesita ser antes individuo y no es individuo aquel cuya existencia física depende de la de otro. ¿Habéis conocido ni conocéis dependencia mayor que la del feto en el útero materno?» (DS de Cortes. Senado. Sesión del 4/2/1889, nº 36, p. 515).

1250ALISTE SANTOS T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Ed. Atelier. Barcelona. 2011. Distingue este autor entre subjetividad, personalidad y capacidad. Normalmente, dice, se presenta por la ciencia la subjetividad como sinónimo de personalidad, pero ello no soluciona la cuestión de qué son otras realidades ontológicas que, sin ser personas, son también sujetos de derechos. Y ahí, entiende, es donde interviene la subjetividad jurídica (ob. cit. p. 86) cuya existencia se acredita inductivamente al comprobar que junto a la persona tenemos otros sujetos, o entes en sí, como son las asociaciones, la sociedad conyugal.... y el concebido no nacido (ibíd. p. 87). Así, si bien todas las personas están dotadas de subjetividad no toda realidad subjetiva tiene personalidad (ibíd. p. 89). La subjetividad jurídica supone el reconocimiento por parte del derecho de realidades ontológicas con posibilidad de actuar en la esfera jurídica (ibíd. 90). El concebido sería una persona «en formación» (ibíd. p. 94) y más exactamente una realidad subjetiva merecedora de atención *per se*, por aquello que ya es y no exclusivamente por aquello que terminará siendo (ibíd. p. 95). El *nasciturus* es, pues, un sujeto jurídico a caballo entre la subjetividad y la personalidad; un híbrido a medio camino entre ambos conceptos (ibíd. p. 96-96) siendo, de todos los sujetos no personales, el que con mayor grado participa de rasgos propios de la persona porque en el concebido germina su esencia (ibíd. p. 95). La subjetividad del concebido halla fundamento histórico en la vieja teoría de los status de la persona, teoría que si bien está en crisis presenta, a su entender, una vigencia residual, casi fosilizada de antiguos estados entre los que cabría encontrar el estado de concebido (ibíd. pp. 96 y 97). El concebido es un sujeto diferenciado de la persona, pero participe junto a esta de rasgos comunes de la subjetividad (ibíd. p. 99) y tiene capacidad jurídica plena (ibíd. pp. 101, 102) porque la capacidad jurídica es uniforme: o se tiene o no se tiene (ibíd.

consideran que el *nasciturus* no es persona ni tiene personalidad jurídica sino que es una «*esperanza de persona*» creándose durante la gestación una situación de pendencia provisional en la que existe un sujeto transitoriamente indeterminado y en la que el Derecho para evitar cualquier perjuicio prevé diversas medidas preventivas¹²⁵¹; quienes consideran, como nuestro TC, que el *nasciturus* ni es persona ni tiene personalidad sino que simplemente es un bien jurídico a proteger o bien los que entienden, como el TEDH, que el *nasciturus* es un ser humano pero no se pronuncian sobre si es persona no faltando innumerables concepciones intermedias¹²⁵² para explicar la protección al *nasciturus* derivada del principio «*pro iam nato habetur*»¹²⁵³; la teoría de la ficción de Savigny¹²⁵⁴; la teoría de los derechos sin sujeto de Windscheid¹²⁵⁵ etc.

C3) Examen crítico de las teorías. Toma de postura.

- p.102). El concebido tiene una subjetividad coincidente en muchos aspectos con los de la persona humana, aunque más reducida (ibíd. p. 103) si bien -en todo caso- no es persona (entre otros, ibíd. p. 120) ni tiene personalidad (entre otros, ibíd. p. 146). La teoría de este autor tiene, a mi juicio, el innegable acierto de señalar la insuficiencia de la dualidad personalidad/capacidad para explicar ciertos fenómenos como que el art. 6.1.5 LEC reconozca capacidad jurídica (capacidad para ser parte en terminología procesal) a ciertas entidades sin personalidad jurídica pero también tiene, a mi juicio, el desacierto de considerar que entre los entes sin personalidad se encuentra el *nasciturus* (cuando el *nasciturus* se regula en el art. 6.1.2 LEC y no en el art. 6.1.5 LEC por lo que *a contrario sensu* puede entenderse que al ser regulados en incisos distintos significa que el *nasciturus* no es uno de dichos entes sin personalidad jurídica) y de negar al *nasciturus* la dignidad y la condición de persona.
- 1251 La consideración del *nasciturus* como germen o esperanza de persona (*spes homini*) tuvo acogida entre la doctrina y así lo califican, entre otros, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 220; ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 24; CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...* T. I. Vol. 2º. ob. cit. p. 112; CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones...*, T. I. 1959. p. 198; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...II*. ob. cit. p. 117; DORAL GARCIA J.A.: «Concepto filosófico...», ob. cit. p. 125; GARRIDO DE PALMA, V.M.: «El Derecho civil...», ob. cit. p. 1366; MANRESA, J.Mª: *Comentarios...* T. I (1890) p. 168 ; SANCHEZ ROMAN F.: *Estudios...* II. ob. cit. p. 165. Se adscriben a la teoría de la pendencia y del sujeto transitoriamente indeterminado (teoría que implica la consideración del concebido como *spes proli* o persona en formación) con distintos matices ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I...*, ob. cit. p. 220; ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. pp. 48 y 56; BUSTOS PUECHE, J. E.: *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Ed. Dykinson. Madrid. 1996, pp. 36-39; DE CASTRO, F.: *Derecho civil...II*. ob. cit. p. 117 y ss.; Díez PICAZO, L. «Comentarios al art. 29 del Código civil» en *Comentarios Edersa* (1978) p. 812; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo S.A. Madrid. 1976, pp. 167-168, quien destaca, no obstante, que la construcción de la situación de pendencia es válida para entender la protección del *nasciturus* en la esfera patrimonial pero no en la personal (ibíd. p. 168). Vide una crítica a la teoría de los derechos sin sujeto o con sujeto transitoriamente indeterminado en ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial...*, ob. cit. pp. 92 y 93.
- 1252 Una exposición detallada de estas teorías en ALISTE SANTOS, T J.: *La tutela judicial...*, ob. cit. pp. 71 a 77; ARROYO i AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 49 y ss.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos civiles...*, ob. cit. pp. 16-31.; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil, II*, ob. cit. pp. 116 y 117.
- 1253 Una visión histórica de la protección del concebido en el Derecho y del principio «*conceptus pro iam nato habetur*» en ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial...*, ob. cit. pp. 29 a 46 y POLO ARÉVALO, E.: «Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente Código civil», *AFDUC*, 11, 2007, pp. 719-739.
- 1254 SAVIGNY: *Sistema...*T. I. ob. cit. pp. 278-280: «*Muchos textos del derecho romano dicen terminantemente que, durante la gestación, el feto no es todavía una criatura humana, le falta existencia propia, debiéndosele considerar como formando parte de la madre, mientras que otros, por el contrario, le asimilan al infante ya nacido[...]. La primera expresa la realidad de las cosas en un estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a un cierto número de hechos especialmente determinados y en muy estrecho límite. Si, pues, presentando la cuestión en general, se pregunta cuál es la capacidad del no nacido aún, la solución es evidente: no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos; no es persona cuya representación sea necesaria o posible; no necesita tutor ni se le llama pupilo. La ficción, por el contrario, se ocupa de la vida futura del infante, y lo hace bajo un doble concepto: le protege por la sanción de las leyes y le marca los derechos posibles que vienen unidos al nacimiento, y de este modo creada en su interés, a él solo también aprovecha. Su vida está amparada por leyes penales y de policía [...]*».
- 1255 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I. ob. cit. pp. 215 y 216.

Un examen crítico de cada una de las teorías mencionadas exigiría una exposición detallada de la base doctrinal sobre la que se sustentan lo que excede con mucho los propósitos de este apartado por lo que considero preferible la exposición de las razones que nos permiten rechazar las más importantes y dar base a la teoría de la persona. Para abordarlo considero preciso aludir, de acuerdo con la TCD¹²⁵⁶, a tres planos de análisis:

1.- desde un punto de vista de la teoría formal del derecho considero, tal y como ya manifesté al referirme a la «persona», que la capacidad jurídica y la condición **jurídica** de persona es siempre una atribución del ordenamiento. En efecto, en el plano formal de la TCD (aplicable a todos los ordenamientos posibles pasados, presentes o futuros) han existido legislaciones que han negado al *nasciturus* la condición de persona y no por eso dichos ordenamientos, de la Edad Antigua pero también de la Edad Contemporánea, perdieron su juridicidad; no por ello dejaron de ser ordenamientos jurídicos porque la juridicidad no reside en la justicia sino en la coercibilidad¹²⁵⁷.

2.- Desde un punto de vista de teoría de la dogmática jurídica el art. 30 del CC establece que: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*». Este artículo obviamente, por su ubicación sistemática, se refiere a la personalidad civil patrimonial por lo que cabría la duda de si la personalidad jurídica primaria o de derecho público, si es que cabe hablar de múltiples personalidades jurídicas, ubica el momento de la concesión de la condición jurídica de persona en un momento anterior (el de la concepción) o lo fija también en el momento del nacimiento. Por tanto, desde un punto de vista dogmático cabría sostener que los arts 29 y 30 CC regularían sólo la personalidad jurídica civil, pero no la personalidad jurídica primaria ni la personalidad jurídica procesal que se regula el artículo 6 LEC. Como argumentos a favor de dicha afirmación cabría esgrimir, además de los antecedentes histórico-legislativos¹²⁵⁸, que aquellos artículos -el 29 y 30- se hallan en un Código CIVIL¹²⁵⁹ y, *a fortiori*, están

1256Un breve resumen sobre la capacidad jurídica y de obrar a la luz de la TCD en GARIBO PEYRÓ, AP. «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de 2006. Aclaraciones desde la teoría comunicacional del derecho» en la obra *La teoría comunicacional del derecho...*, ob. cit. pp. 323-337, especialmente pp. 335-337.

1257En derecho romano el *nasciturus* no es considerado hombre y así el Digesto (D. 25, 4, 1, 1) recoge un texto de Ulpiano que se limita a decir de él que: «*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*» (**trad.** «Pues el procreado antes de nacer es una porción de mujer o de sus vísceras») y otro de Papiniano (D. 35.2.9.1) que señala: «*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*» (**trad.** «el procreado que aún no ha visto la luz no se denomina propiamente hombre»).

1258Que la personalidad regulada en el CC era únicamente «*a efectos civiles*» y no a otros efectos se detecta no solo porque la doctrina de los derechos fundamentales, aunque tiene su origen remoto en los «*Magni hispani*» de la Escuela de Salamanca, no adquiere pleno desarrollo y consagración legal hasta mediados el S XX por lo que era imposible ni siquiera pensar en 1889 en una personalidad cuyo objeto fuera sólo la aptitud para ser titular de derechos fundamentales, sino, además, porque en los debates en el Senado cuando se redactó el Código se observa el contenido exclusivamente civil de la afirmación del art.29 reflejado tanto en el definitivo epígrafe del título segundo del libro primero («*del nacimiento y extinción de la personalidad civil*») como en la redacción original del art.30 CC («*para los efectos civiles*») como, por último, en las intervenciones parlamentarias entre las que destaca el senador MARQUES DE TRIVES que afirma: «*Respetad como queráis los derechos del póstumo, y os dejaremos que defináis como queráis la personalidad; respetad como respetan todas las legislaciones los derechos del póstumo, y no entablaremos discusión ninguna sobre la definición de la personalidad*» (DS de Cortes. Senado. Sesión del 20/2/1889, nº 50 p. 813). El debate sobre la personalidad era, en el fondo, solo y exclusivamente un debate sobre los derechos del póstumo y no sobre la titularidad de los derechos fundamentales, problema para cuyo planteamiento habría que esperar más de medio siglo.

1259El CC al regular al *nasciturus* (arts. 627, 644.1, 745, 959-967) está pensando en la tutela de sus derechos patrimoniales (STORCH DE GRACIA, J. G.: «Acerca...», ob. cit. p. 1113). No obstante, como se-

ubicados sistemáticamente dentro del Título denominado «*Del nacimiento y la extinción de la personalidad CIVIL*» lo que presupone, a contrario, la posible existencia de otra personalidad jurídica no-civil. El CC, en fin, ni regularía ni debería hacerlo la personalidad jurídica primaria y sí sólo la personalidad jurídica civil (personalidad jurídica civil que ex art. 4.3 CC puede extenderse al resto del ordenamiento con la salvedad de los derechos que se integran en la personalidad jurídica primaria)¹²⁶⁰.

Ahora bien, como hemos dicho, el texto ordinamental, desde un punto de vista de la TCD, se compone no solo de textos legales sino también de textos judiciales. Y es en estos donde parece más claro que, incluso en cuanto a dicha personalidad jurídica primaria, nuestro TC ha negado al *nasciturus* personalidad jurídica e indirectamente la condición jurídica de persona. En efecto, señala el art. 15 CE que «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*»¹²⁶¹ y aunque desde una interpretación gramatical cabría haber hecho constar que el art. 15 se refiere a "todos" (y por tanto el sujeto omitido no puede ser otro que seres humanos) y no a «todas» (en cuyo caso el sujeto omitido podría haber sido persona en sentido jurídico y, por tanto, excluyente del *nasciturus*) lo cierto es que el texto ordinamental constitucional (la decisión constitucional) ha sido completado, interpretado e integrado por otros dos textos ordinamentales (entiéndase esta expresión tal y como la concibe la TCD): la doctrina del TC y del Tribunal de Estrasburgo:

I) La doctrina de nuestro TC reiteradamente niega al *nasciturus* personalidad jurídica e, indirectamente, la condición jurídica de persona. Así, le ha negado la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* llegando a señalar en su STC 116/1999 que «*los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 CE*»¹²⁶² porque si bien la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 CE constituye un bien jurídico protegido en dicho precepto fundamento constitucional, (STC 53/1985¹²⁶³) ello no significa que al *nasciturus* le corresponde también la titularidad del derecho a la vida. El *nasciturus* es un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta, reconociendo el TC que «*la vida es una realidad desde el inicio de la gestación*» (STC 53/1985). Por su parte, señala la STC 53/1985 que la Comisión Europea de DDHH en su decisión de 13/5/1980 ha puesto de manifiesto que cuando el art. 2 del CEDH de 4/11/1950 afirma que «*el derecho de toda persona a la vida (everyone o toute personne)*» en sus versiones inglesa y francesa) *está*

ñala GARCIA RUBIO, M. P.: «La persona...», ob. cit. p. 92 el tenor del art. 29 CC, inicialmente pensado para proteger intereses de carácter patrimonial, y sobre todo, los derechos sucesorios del póstumo, ha sido extendido también a las relaciones personales o extrapatrimoniales, como demuestra entre otras la RDGRN 23-5-2007, donde se afirma que el citado precepto «*contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no se agota en la esfera patrimonial*» (un análisis de la aplicación del precepto a diversos ámbitos patrimoniales y no patrimoniales en GUTIERREZ SANTIAGO, P.: «Comentarios a los artículos 29 a 32 del Código Civil», en *Comentarios...* T. I, ob. cit., pp. 496 ss.).

1260En contra, considera GARCIA RUBIO, M. P.: «La persona...», ob. cit. p. 92 que la nueva versión del art. 30 CC, donde desaparece la referencia a los «efectos civiles», implica que la consideración de persona del nacido con vida lo será a todos los efectos (vide GUTIERREZ SANTIAGO, P., "Comentarios a los artículos 29 a 32...", ob. cit. p. 522).

1261Destaca ROBLES la deliberada ambigüedad del término «*todos*» del art. 15 CE que no especificaba si esos «*todos*» eran todas las personas (en el sentido jurídico del término, por tanto, excluyente de los *nascituri*) o eran todos los seres humanos (incluyente entonces de los *nascituri*). Así, la resolución de dicho problema no se resolvió por el constituyente, sino que se dejó abierta para que fuera resuelta por otros poderes del Estado (en ROBLES MORCHON, G.: *Teoría del derecho*. T. II ob. cit. pp. 337-338).

1262Niegan la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* las SSTC 53/1985; 212/1996 y 116/1999.

1263STC 53/1985 criticada, como ya vimos, por ROBLES, G.: *Teoría...* I, ob. cit. pp. 937-938.

protegido por la Ley» dicho Convenio «se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (F.J. 9 y 17)»¹²⁶⁴.

II) El Tribunal de Estrasburgo ha tenido ocasión de pronunciarse parcialmente sobre este asunto en la STEDH de 8/7/2004 señalando (§ 84) que en el plano europeo la cuestión de la naturaleza y del estatuto del embrión y/o del feto no es objeto de consenso¹²⁶⁵. Todo lo más se puede encontrar como denominador común a los Estados la pertenencia a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en persona, las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una 'persona' que tendría un 'derecho a la vida' en el sentido del art. 2 del CEDH. El Convenio de Oviedo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina evita definir el término persona y el informe explicativo indica que, a falta de unanimidad sobre la definición, los Estados miembros han optado por dejar al Derecho interno el ocuparse de aportar las precisiones pertinentes a efectos de la aplicación de este Convenio. Y añade: [§ 85] que: «*el Tribunal está convencido de que no es deseable ni siquiera posible actualmente responder en abstracto a la cuestión de si un niño por nacer es una 'persona' en el sentido del artículo 2 del Convenio*»¹²⁶⁶. Asimismo, contiene dicha Sentencia de la Gran Sala un resumen de la doctrina de la extinta Comisión, resumen del que desprende la conclusión (§ 80) de que en las circunstancias examinadas por los órganos del Convenio hasta hoy, a saber, las legislaciones que regulan el aborto, el niño por nacer no es considerado una persona directamente beneficiaría del art. 2 del Convenio; que su derecho a la vida, si existe, se encuentra implícitamente limitado por los derechos e intereses de su madre, así como que los órganos del Convenio no excluyen que, en algunas circunstancias, se puedan admitir garantías en beneficio del niño aún no nacido¹²⁶⁷. Posteriormente, en la Sentencia Evans contra Reino Unido, de 7/3/2006 el Tribunal insiste en que, a falta de un consenso europeo sobre la definición jurídica y científica del inicio de la vida, debe reconocerse a los Estados un margen de apreciación al respecto. El Tribunal resuelve este punto, dice BARCELONA LLOP, con extraordinario laconismo lo que sugiere que no tiene intención de promover un cambio jurisprudencial. La demandante solicitó que el asunto fuera diferido a la Gran Sala (art. 43 del Convenio), quien en Sentencia de 10/4/2007 confirmó la decisión inicial¹²⁶⁸. En todo caso, la jurisprudencia del TEDH está sometida a una importante crítica doctrinal porque, se dice, la misma no respeta los consensos básicos contenidos en los instrumentos internacionales de Bioética y,

1264Art. 2 Convenio de Roma de 4/11/1950 dispone: «*Everyone's right to life shall be protected by law*».

1265STEDH de 8-7-2004, asunto de Vo c. Francia (núm. 53924/00).

1266Un análisis sobre la importancia de la dignidad humana como fundamento de la identidad europea puede verse en OCHOA RUIZ, N.: «La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana» en *Cuadernos Europeos de Deusto* núm. Especial 02 (febrero 2019), Bilbao, pp. 203-224. Dicha dignidad humana se encuentra en el núcleo de la identidad europea y según el TEDH es una cualidad intrínseca al ser humano, que debe protegerse, aunque no aparezca mencionada en el Convenio de Roma. Y dicha protección implica para el TEDH la intangibilidad física y moral de la persona, la exigencia de unas condiciones de vida digna y de una calidad de vida. Sin embargo, el TEDH no ha derivado de dicha dignidad la protección del feto y de los embriones fecundados *in vitro* (OCHOA RUIZ, N.: «La dignidad humana...» ob. cit. pp. 222-223).

1267Esto es, sigue diciendo la sentencia, lo que parece haber pensado la Comisión cuando consideró que no se puede interpretar que el art. 8.1 signifique que el embarazo y su interrupción pertenezcan, por principio, exclusivamente a la vida privada de la madre. Recordemos que dicho art. 8.1 del Convenio de Roma de 04/11/1950 dispone que: «*Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*».

1268BARCELONA LLOP, J.: *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, VVAA. Ed. Univ. de Cantabria. 2009, p. 88.

en particular, los adoptados en el seno del Consejo de Europa¹²⁶⁹.

Por su parte, la STJUE (Gran Sala) de 18-10-2011 [Asunto C-34/10], aunque no trate el tema del concepto de persona y de personalidad jurídica, sí ha resaltado la protección y especial dignidad del *nasciturus* al destacar que el art. 6.2.c de la Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, «*debe interpretarse en el sentido de que constituye un "embrión humano" todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis*» añadiendo que «*la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el art. 6.2.c también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil. El art. 6.2.c., de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su*

1269 Señala la profesora OCHOA RUIZ que, a la vista del desarrollo de las TRA, la comunidad internacional ha adquirido conciencia de la fragilidad de la vida humana incipiente y del riesgo de que ciertos avances científicos y tecnológicos conlleven efectos imprevisibles para el ser humano individual y la humanidad en su conjunto. Y para afrontar dichos riesgos, se ha aprobado una normativa internacional dispersa, adoptada en el seno de varias organizaciones internacionales, con contenidos diversos, incompleta y en algunos puntos deliberadamente ambigua, pero, que, en conjunto, pone de manifiesto el reconocimiento de la dignidad intrínseca al ser humano y del valor de la vida humana desde su inicio estableciendo límites y prohibiciones a las TRA y a los demás desarrollos biotecnológicos, con el fin de evitar la cosificación e instrumentalización del ser humano. Y si bien es cierto, como nos muestra la prof. OCHOA, que los instrumentos internacionales de derechos humanos en general no se pronuncian acerca del momento en que se reconoce el derecho a la vida al ser humano, la jurisprudencia, entre otros, del TEDH ha dejado en un limbo jurídico la protección internacional del *nasciturus* y además, no respeta los consensos básicos contenidos en los instrumentos internacionales de Bioética y, en particular, los adoptados en el seno del Consejo de Europa, los cuales, a pesar de su redacción deliberadamente ambigua en ciertas cuestiones, reflejan la existencia, en el seno de la comunidad internacional, de un amplio consenso en torno al hecho de que el embrión es un ser humano merecedor de protección. Frente a dicho amplio consenso el TEDH ha adoptado posturas cuestionables y así en su jurisprudencia sobre el no nacido, ha evitado pronunciarse sobre la protección internacional que este merece, y, paralelamente, ha expandido el concepto de «*vida privada*» protegida por el art. 8 del CEDH, en el sentido de «*autonomía de la voluntad*», lo que engloba, entre otras cuestiones, según dicho TEDH, el «*derecho al respeto de la decisión de tener un hijo o de no tenerlo*», y «*el derecho al respeto de ser padre en un sentido genético del término*» (un «*derecho al hijo*» que no encuentra consagración en ningún instrumento internacional); «*el derecho de las parejas a concebir un niño y a recurrir con este fin a la procreación médica asistida*»; «*el deseo de los demandantes de procrear un hijo que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir con esta finalidad a la reproducción médica asistida y el DPI*» o la posibilidad de «*realizar una elección consciente y reflexiva en relación al destino de sus embriones*». Todas esas resoluciones del TEDH abordando la creación o destino de embriones humanos sobre la base del art. 8 del Convenio de Roma y empleando un concepto de la autonomía de la voluntad que implica adoptar decisiones sobre un tercero y que colisiona con el principio de dignidad humana, supone, dice la prof. OCHOA, adoptar unas posturas éticas y antropológicas determinadas, defendidas por una parte minoritaria de la sociedad que no son más legítimas que las opuestas, que no están consagradas en ningún instrumento internacional y que, en conjunto, no respetan la voluntad de la comunidad internacional de otorgar una protección al embrión humano (OCHOA RUIZ, N.: *El embrión humano en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: un análisis a la luz de la normativa internacional y europea*. 1ª ed., Ed. Aranzadi. Navarra, 2017). Por otro lado, señala esta autora que es llamativo el silencio del TEDH sobre el alcance de la protección del feto y de los embriones fecundados *in vitro* en relación con la dignidad humana, dignidad que se encuentra en el núcleo de la identidad europea y según la jurisprudencia del TEDH es una cualidad intrínseca al ser humano que debe protegerse, aunque no aparezca mencionada en el Convenio de Roma (OCHOA RUIZ, N.: «*La dignidad humana...*» ob. cit. p. 222).

utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen...».

En resumen, en el plano de la teoría de la dogmática jurídica que se pregunta quiénes son personas para el derecho español vigente hay que concluir que este no concede la condición **jurídica** de persona al *nasciturus*. Podremos criticarla desde el plano axiológico de la teoría de las decisiones jurídicas, pero, desde un punto de pura teoría de la dogmática jurídica, hay que destacar que la tarea de la dogmática, por creativa que sea, no puede sustituir a las decisiones fundamentales recogidas en la Constitución, sino que debe interpretar, conceptualizar y sistematizar los textos ordinamentales para presentarlos en sistema, pero teniendo siempre presente lo establecido por las autoridades jurídicas y, sobre todo, por el poder constituyente, legislativo y judicial.

3.- desde un punto de vista axiológico de teoría de las decisiones jurídicas (que se pregunta cuál debería ser el valor-concepto de persona y, en definitiva, quiénes deban ser personas) considero que el ordenamiento, desde un punto de vista de política legislativa, debería jurídicamente considerar a todo ser humano, desde su concepción, como persona y toda persona debería tener capacidad jurídica. Creo que es importante desarrollar este último plano axiológico.

Las teorías de la ficción, de los derechos sin sujeto y su modalidad del sujeto transitoriamente indeterminado y, en general, todas las teorías que no consideran persona ni atribuyen personalidad y capacidad jurídica a todo concebido parten de la premisa de que el *nasciturus* no es ontológicamente persona o, a lo sumo, es una persona en formación, una esperanza de persona, una *spes homini* y eso no es, a mi entender, aceptable porque la afirmación de que el embrión o el feto es una vida humana en potencia es, como nos ha enseñado la ciencia, falsa¹²⁷⁰. Como señala la bioquímica LOPEZ BARAHONA desde que se constituye el cigoto existe la vida humana en acto porque si bien en los gametos (óvulo y espermatozoide) hay potencialidad de vida humana en el embrión o feto hay vida humana en acto y desde el cigoto hay un individuo de la especie humana¹²⁷¹ en estado unicelular porque «*el individuo que se generó tras la unión de los gametos se mantiene hasta su muerte, es siempre el mismo individuo que mostrará diferentes aspectos en su forma a lo largo de su vida, pero su genoma será siempre esencialmente el mismo que el que se constituyó tras la recombinación genética de los genes que aportaron los gametos de los que procede*»¹²⁷²; desde la concepción hasta la muerte no hay ningún cambio sustancial sino un proceso continuo en el que irán expresando las estructuras correspondientes según vayan recibiendo las ordenes adecuadas y todas esas estructuras están contenidas en el cigoto¹²⁷³. Y es que ontológicamente persona «*es el*

1270En este sentido, ha criticado con argumentos científicos irrefutables la teoría de que el concebido es una persona en formación (una *spes proli* o persona *in fieri*) LOPEZ BARAHONA, M. y ABELLAN SALORT, J.C.: *Los Códigos de la vida*. Ed. Homolegens. Madrid. 2009, pp. 10, 11 y 87. En el mismo sentido, HERNÁN CORREA T.: «Comienzo...», ob. cit. p. 45.

1271LOPEZ BARAHONA, M. y ABELLAN SALORT, J.C.: *Los Códigos...*, ob. cit. p. 9: «*el cigoto humano en cuanto célula es unidad de vida y en cuanto portador en su genoma de secuencias Alu es vida humana*».

1272Ibíd. pp. 10 y 11.

1273El acto constitutivo de la persona es la concepción, después solo existe desarrollo de lo que ya existía. Desde la concepción, como nos ha enseñado la Biología, el nuevo ser vivo tiene identidad propia manifestada por una especial reacción del ADN que determina la existencia de un código genético cromosómico distinto que el de los progenitores (STORCH DE GRACIA, J. G.: «Acerca...», ob. cit. p. 1102); de un código genético único que nos conforma y constituye y donde radica la esencia -todo lo demás es accesorio- de la persona que es un continuo desarrollo desde la concepción hasta la muerte.

*modo de ser específico del ser humano, de todo ser humano. No es algo que nosotros decimos u otorgamos al homo sapiens sapiens: es lo que somos»*¹²⁷⁴ y no podemos dejar de serlo desde la concepción y hasta la muerte.

El problema de la personalidad jurídica desde un punto de vista axiológico es o debería ser un problema exclusivamente científico (entiéndase de ciencias naturales) o, por mejor decir, debería ser la consecuencia necesaria de la solución que ya existe a un problema científico. Esto, que *prima facie* puede parecer contradictorio (que la resolución de una cuestión jurídica sea un problema a resolver por las ciencias naturales), debería ser un principio irrenunciable de la civilización occidental de modo que el jurista no debería «*prescindir de la verdad científica a la hora de aplicar el derecho*»¹²⁷⁵. Corresponde a las ciencias naturales (biología, química, medicina etc.) determinar cuando existe vida humana y, una vez que ella lo determina, el orden jurídico debería conceder a ese ser humano, que es ontológicamente persona, personalidad jurídica primaria. Los Estados que han negado dicho principio, aunque no quepa negar juridicidad a sus ordenamientos, han caído inevitablemente en el totalitarismo (incluso de corte democrático).

Por tanto, corresponde a la ciencia determinar cuando existe vida humana (en definitiva, cuando existe ontológicamente persona) y, una vez que la ciencia ha hablado, al Derecho le corresponde otorgar a esa vida humana personalidad jurídica primaria (que como veremos no es necesariamente personalidad jurídica civil) y, dotada como es de dignidad, tratarla en sus aspectos primarios con igualdad -consecuencia ineludible de la dignidad- a como trata al resto de seres humanos. Y como veremos la ciencia ya ha hablado, sólo hace falta escucharla. En efecto, aunque esta cuestión ha sido, en numerosas ocasiones, oscurecida por criterios religiosos referidos más al concepto extrajurídico de «alma» que al concepto científico de vida humana¹²⁷⁶, en la ciencia médica no hay discusión: hay vida humana desde la

Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde la concepción. Si no existe persona entonces no existirá jamás porque con posterioridad no existe ningún acto que no proceda del anterior y sea consecuencia del anterior ya que, como decía Anaxágoras, «¿cómo puede proceder el cabello de lo que no es cabello, y la carne de lo que no es carne?» como puede proceder la persona de lo que no es persona (*ex nihilo nihil*) o como señalaba Tertuliano: «*también es hombre el que lo va a ser, igualmente que todo el fruto ya está contenido en la semilla*». Además, aunque cupiese la duda, que no cabe, de si desde ese momento existe vida un simple deber de precaución ante la posibilidad de que existiese nos debería conducir a la teoría que más ampliamente defiende al ser humano que es la teoría de la concepción porque cualquier otra nos hace caer en una completa inseguridad - ¿por qué no un día antes o después? - en un tema en el que está comprometidos derechos fundamentales. Defiende dicho deber de precaución en caso de existir dicha duda. entre otros, RUIZ RODRÍGUEZ, V.: *El aborto...*, ob. cit. p. 115.

¹²⁷⁴Ibid. p. 83.

¹²⁷⁵Informe jurídico de la Academia de Doctores de Madrid, de 25 de abril de 1983 cit. por BRASILEIRO DE AZAMBUJA, Ruy Rodrigo: «El nasciturus...» ob. cit. p. 11 n. 5.

¹²⁷⁶**En la historia de la religión católica** se ha discutido, hasta hace apenas dos siglos, si Dios dotaba de alma racional al feto en el momento de la concepción (teoría de la animación instantánea) o en un momento ulterior (teoría de la animación retardada). Dentro de los partidarios de esta última tesis se hallaba SANTO TOMÁS DE AQUINO que, heredero de la doctrina «epigenética» de Aristóteles («*Mares in dextro latere quadragesimo fere die, femellae autem in laevo circiter nonagesimo moventur*» -Aristóteles, *De animalibus historiae*, 1. VII, e. 3-), vinculaba la recepción del alma racional con la adquisición de forma humana por parte del *nasciturus* (feto formado vs feto no formado) y afirmaba que Dios dota de alma al feto a los 40 días en los hombres y a los 90 días en las mujeres llegando a decir San Anselmo que no cabe en cabeza humana que el embrión esté dotado de alma racional desde el momento de la concepción porque ello conllevaría que con cada embrión recién coagulado que muere se condena un alma [SAN ANSELMO.: «De la concepción virginal y del pecado original» en *Obras Completas de San Anselmo* II. BAC. 1953, p. 22-23. Pueden verse los textos latinos originales en el indispensable artículo de BARBADO VIEJO, M.: «¿Cuándo se une el alma al cuerpo?» en *Revista de Filosofía del Instituto «Luis Vives»* año II, nº 4, pp. 7-60, Madrid, 1943]. La tesis de la animación retardada dominó la tradición cristiana desde el S. VII hasta el S. XVII y aunque el aborto fue siempre condenado la distin-

concepción¹²⁷⁷, como, por otro lado, han reconocido las principales Reales Academias¹²⁷⁸. El *nasciturus*, desde su concepción, es un individuo distinto de sus padres, con un código genético propio y es un ser humano no solo porque procede de la unión de dos gametos humanos, su genoma es específicamente humano, sino además porque, con razón se pregunta retóricamente BUENO MARTINEZ, ¿si no de qué especie iban a ser?¹²⁷⁹. Y, como señala ZAMORANO es un ser humano vivo¹²⁸⁰.

Destaco por su interés la afirmación contenida en el Manifiesto de Madrid de 2009¹²⁸¹ que señalará que: «*existe sobrada evidencia científica de que la vida empieza en el momento de la fecundación. Los conocimientos más actuales así lo demuestran: la Genética señala que la fecundación es el momento en que se constituye la identidad*

ción conllevaba consecuencias: el aborto anterior a la recepción del alma racional, se calificaba de «*quasi homicidium*» o «*tendit ad homicidium*» y las penas canónicas eran inferiores al aborto practicado tras la adquisición de forma humana. Además, no se administraba el bautismo a fetos vivos abortados, pero carentes de forma humana. Desde el S XIX, la tesis contraria de la animación inmediata dominará en la tradición católica si bien con anterioridad había sido sostenida en posición minoritaria y con matices por los neoplatónicos cristianos y por el primer San Agustín, que sostenían que el alma preexistía a su unión con el cuerpo, y que esta se producía cuando se formaba el ser; por los traducianistas que consideraban el alma del individuo como derivada del alma de sus padres; por San Máximo quien señaló, en el siglo VII, que si el alma humana no se uniera al cuerpo en el momento de la fecundación, no cabría decir que los padres engendran un ser humano, sino acaso una planta o un animal y, por último, por algunos médicos del S XVII como Gassendi, Fyens y Zacchia. En todo caso, desde el SXIX la tesis de la animación instantánea es unánime en la Iglesia Católica la cual, desde la publicación por Pío IX el 12-10-1869 de *Apostolicae Sedis Moderationi* condenará como pecado grave con pena de excomunión cualquier aborto (Acta Pío IX, V, 55-72) y en idéntico sentido, con posterioridad, se manifestará, sin pretensiones de exhaustividad: el Concilio Vaticano II (Const. past. *Gaudium et spes*, 51.); la SCDF, en su Declaración sobre el aborto procurado, 12 - 13: AAS 66 (1974), 738; la Carta de los derechos de la familia, art. 4: L'Osservatore Romano, 25-11-1983; la SCDF, Instrucción *Donum vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación de 22-2-1987 y la Instrucción *Dignitas Personae* de la SCDF de 8-9-2008. El CDC (de 1917 y de 1983) ya no distinguirá entre feto formado y no-formado y así actualmente el c. 1398 CDC de 1983 señala: «*Quien procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae*». **En el judaísmo** el alma entra en el cuerpo a los 40 días de la concepción, antes de lo cual, se dice, el embrión es «*simple agua*» y sostiene que la santidad de la vida humana, con valor absoluto, surge con el nacimiento y **para el Islam** Dios infunde el alma en el cuerpo para un sector a los 40 días de la fecundación, y para la mayoría a los 120 días. (JOURDAN MARKIEWICZ, E.J.: *La Naturaleza Jurídica del Embrión Humano. Reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales*. Ed. Académica Española. Alemania. 2012, pp. 96 y 102).

1277De hecho, la opinión del Comité de Bioética de España de 7/10/2009 que sirvió de apoyo al Proyecto de LO de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo reconoce que existe vida humana al decir: «*El desarrollo embrionario y fetal puede considerarse un proceso en continuidad (un continuum, en palabras del TC) desde la fusión de los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo hasta el parto. Desde esta perspectiva, su vida biológica puede identificarse en todo momento como una vida humana*». Como luminosamente puso de relieve el único voto particular a dicho documento -el del catedrático César NOMBELA CANO- «*la opinión del Comité se basa en la radical contradicción en la que incurre, al reconocer que desde la concepción existe una vida humana nueva, diferenciada de la de la madre gestante, pero al mismo tiempo admitir que se puede acabar de manera voluntaria con esta vida, durante las primeras catorce semanas de su desarrollo*» y, así, señala Nombela que puesto que científicamente no existe duda razonable acerca de que la vida humana comienza con la concepción cada individuo de la especie es titular de una dignidad que debe respetarse y protegerse por lo que «*no cabe la renuncia a un principio fundamental, como es la protección de la vida humana embrionaria o fetal, para resolver de forma pragmática un supuesto conflicto*» porque la dignidad humana no es parcelable, ni graduable ni puede estar sujeta a condicionantes temporales. Frente a dicho voto particular, dicho Comité entendió (en claro atentado contra la dignidad de la persona que exige tratar a todo ser humano vivo igual) que en la semana doce se sitúa el final de la organogénesis (es decir, la constitución de los diferentes órganos, aparatos y sistemas) lo que considera relevante porque, al producirse la integración sistémica de los órganos, considera que terminan todos los procesos constitutivos y ello permite, a su juicio, establecer una diferencia cualitativa en la valoración ética y jurídica del feto antes y después de esa fecha porque, y esto es lo más grave de la valoración ética de dicho Comité, la respuesta del Ordenamiento «*en orden a proteger la vida humana, puede diferir en razón de los distintos estadios biológicos*» (sic) considerando, de manera altamente criticable, que «*una regulación jurídi-*

genética singular; la Biología Celular explica que los seres pluricelulares se constituyen a partir de una única célula inicial, el cigoto, en cuyo núcleo se encuentra la información genética que se conserva en todas las células y es la que determina la diferenciación celular; la Embriología describe el desarrollo y revela cómo se desenvuelve sin solución de continuidad [...]»

La afirmación de que la vida empieza en el momento de la fecundación se ha sostenido, porque es una verdad científica universal y no una cuestión de fe religiosa, incluso desde postulados filosóficos materialistas por BUENO MARTINEZ¹²⁸² quien señala que el momento de la concepción es el único criterio firme para establecer la frontera inicial de la vida humana. «Cualquier otro momento o plazo, añade, es arbitrario, y podría decirse hoy lo que decía Isaac Cardoso, en su *Philosophia libera* (1673), que «no hay un solo mes en el espacio de los diez meses del embarazo en el cual varios autores no crean que es infundida el alma racional»¹²⁸³. Por tanto, añade

*ca basada en el plazo no aparece como un sistema desprovisto de fundamento en relación con los derechos y bienes constitucionalmente protegidos, incluido el bien vida humana prenatal». El Comité de Bioética de España en su informe de 2014 sobre el Anteproyecto de LO para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada cambia su criterio (aunque la Ley no llegó a aprobarse) y señala que: «permitir el aborto durante las primeras 14 semanas de gestación, sin alegar causa que lo justifique, supone una desprotección absoluta del ser humano». En el mismo sentido de que desde el punto de vista de la ciencia la vida de todo animal comienza con la fecundación vide, entre otros muchos, ZAMORANO, VELAYOS, REINOSO: «El comienzo de la vida humana», en la obra colectiva *En defensa de la vida*. Ed. Edilibro. Madrid. 1983, pp. 23 y ss.; y FERRES TORRES, E., et al.: *Atlas-Tratado de embriogénesis organogénesis*. [ed. 2000] p. 10.*

1278Declaración de la RANM de 17-5-1983: «la vida humana da comienzo en el momento mismo de la fecundación»; Informe del grupo de biólogos de la RAC de 23-3-1983: «Los genes del cigoto inician inmediatamente su funcionamiento tras la fecundación. Tiene el cigoto una potencialidad propia y una autonomía genética por lo que, aunque guarda relación con la madre para subsistir, es un ser vivo independiente del cuerpo de ella»; Declaración del CGCOM de 19-2-1983: «Es en este conocimiento científico, perfectamente documentado por la Ciencia, lo que nos hace afirmar unánimemente a los médicos que el principio de la vida humana se sitúa en el mismo instante de la fecundación.»; Declaración de la RACMYP de 14-12-1983: «La índole humana del ser en gestación, desde que es concebido, se encuentra asegurada por el correspondiente código y mensaje genéticos»; Informe de la Sociedad Anatómica española de 20-3-1983: «No existe ningún acontecimiento biológico durante el desarrollo de un nuevo ser. previo al acto del nacimiento, en que pueda hallarse la frontera entre lo prehumano y lo humano». Informe científico médico de la Real Academia de Doctores de Madrid de 25-4-1983: «Jean Rostand ha afirmado que toda distinción entre el huevo, el embrión y el feto es arbitraria: el hombre entero se encuentra en el óvulo fecundado; todo él con sus íntegras potencialidades futuras. A este respecto Claude Edelman ha afirmado que el embrión no es un objeto, sino un sujeto, un ser humano... Se puede concluir que el aceptar que con la fecundación un nuevo ser viene a la existencia, no es ya cuestión de criterio ni opinión, sino un hecho incontrovertible». Citas extraídas del BRASILEIRO DE AZAMBUJA, Ruy Rodrigo: «El nasciturus...» ob. cit. pp. 9 a 12.

1279BUENO MARTINEZ, G.: *El fundamentalismo democrático. La democracia española a examen*. Ed. Planeta. 2ª ed. Madrid. 2010, p. 286.

1280ZAMORANO, VELAYOS, REINOSO: «El comienzo...», ob. cit. pp. 23 y ss.

1281El Manifiesto de Madrid de 18-3-2009 es un texto suscrito por más de 2000 científicos, profesores e intelectuales de la Biomedicina, Ciencias Sociales y Humanidades encabezado por los Dr. Vera (catedrático de bioquímica), Jouve (catedrático de genética), y Nombela (catedrático de microbiología).

1282BUENO MARTINEZ, G.: «La cuestión del aborto desde la perspectiva de la teleología orgánica» en *El Catoblepas. Revista crítica del presente*, núm. 98, abril 2010. También del mismo autor, *El fundamentalismo...*, ob. cit. pp. 275-319.

1283Como señala BUENO MARTINEZ, G.: *El fundamentalismo...*, ob. cit. p. 293: «la respuesta a la cuestión ¿cuándo se une el alma al cuerpo? recorrió todos los grados de la escala cronológica, contados en días semanas y meses». A modo de ejemplo: Tomas Fyens entendía que el alma racional era infundida a los 3 días -"De formatione foetus liber, in quo ostenditur animam rationalem infundí tertia die"-; la teoría de la anidación entiende que hasta los 14 días no hay individuo con identidad somática porque hasta esa fecha el germen se puede desdoblarse en dos, o más, embriones; la teoría aristotélica-tomista entendía que el alma racional-espiritual era infundida a los 40 días en el varón y a los 90 en la mujer; Daniel Bor entiende que hasta la semana 33 de embarazo hay vida pero el feto no puede consi-

BUENO MARTINEZ, desde la concepción existirá una continuidad de la evolución ontogenética siendo completamente artificioso señalar plazos o cortes en ese proceso continuo pudiendo situarse el momento de la concepción en el proceso de constitución del cigoto diploide. El cigoto supone ya un genoma, constituido por los programas genéticos capaces de moldear un individuo de la especie humana¹²⁸⁴. El individuo personal resultante procede, en cualquier caso, del cigoto singular (y solo de él) constituido tras la fusión de los gametos haploides –provenientes de las gónadas de los progenitores– en una única célula diploide. Un cigoto cuyo genoma organiza las líneas fundamentales de su evolución total; un cigoto que si se destruye (una vez que haya tenido lugar la fusión cromosómica de los pronúcleos y la constitución del genoma), conllevará que se destruya todo el individuo posterior. Y ello es lo que aconseja, «adelantar» el momento de la constitución del individuo al mismo instante de la concepción¹²⁸⁵.

Por tanto, desde el cigoto hay vida de la especie humana. Y sin perjuicio de reconocer que en otras épocas históricas se ha negado la condición jurídica de persona a determinados seres humanos y que, por tanto, desde una teoría formal del derecho (aplicable a cualquier ordenamiento pasado, presente o futuro) es posible dicha negación sin que ello afecte a la juridicidad del ordenamiento, desde una teoría de la justicia de la decisión considero que todo ser humano (toda realidad que ontológicamente sea ser humano y el concebido lo es) en tanto que originalísimo, irrepetible, y acreedor por su ontología de la máxima protección merece la máxima dignidad, la igualdad de trato con el resto de seres humanos y la necesidad de ser tratado siempre, en terminología kantiana, como un fin en sí mismo y nunca como un medio; como un sujeto y nunca como un objeto lo que en el plano jurídico debería reflejarse en la concesión de personalidad jurídica¹²⁸⁶. O, dicho en otras palabras, el ser humano existe, como nos han demostrado las ciencias naturales, desde el momento de su concepción y, como a todo ser humano, el ordenamiento debería otorgarle, en igualdad a lo que hace con el resto de seres humanos, la condición jurídica de persona, personalidad jurídica y capacidad jurídica. Por supuesto, que el ordenamiento puede condicionar la personalidad jurídico civil/patrimonial al nacimiento (como hacen los arts 29-30 CC), pero no debería hacer lo mismo con la personalidad jurídica primaria que englobaría el derecho a la vida y a la integridad física¹²⁸⁷. Y es que, frente a la

derarse un ser humano porque no hay una conciencia humana. Incluso más allá de los nueve meses, Herófilo Alejandrino o los estoicos, sostuvieron que el alma se une al cuerpo cuando el recién nacido respira por primera vez y según Averroes el alma no se une al cuerpo hasta que el niño pronuncia los nombres padre y madre (BARBADO VIEJO, M.: «¿Cuándo...», ob. cit.).

1284Vide BUENO MARTINEZ, G.: *El fundamentalismo...*, ob. cit. pp. 311-314 sobre crítica a la teoría de la anidación. También reitera dicha crítica en BUENO MARTINEZ, G.: «La cuestión...», ob. cit.

1285BUENO MARTINEZ, G.: «La cuestión...», ob. cit.

1286El prof. ROBLES parece inclinarse por esta posición porque considera radicalmente injusta la negación al *nasciturus* del derecho a la vida. Así, señalará que la ambigüedad de la fórmula del art. 15 CE daña el derecho a la vida de todo ser humano y solo consigue encubrir la injusticia (ROBLES MORCHON, G.: *Los derechos fundamentales...*, ob. cit. p. 175). Es imprescindible como parte de un nuevo consenso racional que introduzca más aun la razón ética en el orden político el respeto, entre otros valores axiológicos, a «todo proceso de vida» (ibid. p. 176) con independencia, entre otros aspectos, «del momento de su formación biológica» (ibid. p. 189).

1287El CC reconocía, en su redacción original, con laxitud terminológica dos tipos de personalidad: la personalidad normal y la personalidad restringida (así, el antiguo art. 32.2 CC señalaba en su redacción originaria que: «La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica»). Dicha dualidad fue felizmente eliminada por redacciones posteriores del CC (L. 13/83 de 24 de octubre), pero nos deja la posibilidad no de revivir idénticas categorías con idéntico contenido (sería inaceptable desde una posición personalista), pero sí de entender que la personalidad jurídica no tiene por qué ser necesariamente un concepto unitario. Aunque dicha dualidad tuviera en el significado primitivo del CC y en el significado que ahora se propone un contenido radicalmente distinto.

doctrina mayoritaria que entiende que la personalidad jurídica es única, considero que, aunque la persona es una y la personalidad es una, la personalidad jurídica, según el sector del derecho en que se manifieste, puede tener un régimen distinto porque el Derecho puede exigir unos requisitos distintos en atención a las diversas necesidades que regula cada rama jurídica¹²⁸⁸. Aunque la persona y personalidad sea única su manifestación en el Derecho (su personalidad jurídica) puede ser múltiple y adoptar diversas formas y requisitos según el sector del ordenamiento en el que nos encontremos; según se hable de derechos fundamentales o derechos patrimoniales y ello porque las exigencias son distintas. Debería así distinguirse una personalidad jurídica primaria, una personalidad jurídica civil (o como decía el ant. art. 30 CC «*para los efectos civiles*»¹²⁸⁹) e incluso una personalidad jurídica procesal. La primera implica la posibilidad de ser titular de derechos fundamentales primarios (esencialmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad) y por imperativo de la naturaleza humana, de la Ciencia y del art. 6 de la DUDH («*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*») debería, desde un punto de vista axiológico, concederse a todo ser humano (y el *nasciturus*, ha dicho la bioquímica, lo es) y constituiría el contenido mínimo necesario de la personalidad jurídica de los seres humanos¹²⁹⁰; la segunda implica la posibilidad de ser titular de derechos patrimoniales, y la tercera la aptitud para ser titular de la acción pudiendo ser, estas dos últimas, modalizadas por el Ordenamiento en atención a la mayor o menor integración del ser humano en la comunidad social. La primera debería corresponder a todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte (entiéndase «debería» desde un punto de vista de pragmática jurídica porque desde un punto de vista de sintaxis y semántica jurídica puede, de hecho, ocurrir lo contrario sin que ello afecte a la juridicidad del texto ordinamental); la segunda corresponde solo al nacido con las condiciones del art. 30 CC y viene regulada por dicho Código y la tercera corresponde al *nasciturus* sin más requisitos.

1288La palabra «personalidad» es polisémica porque no tiene un valor técnico jurídico exacto en nuestro Derecho por lo que es imposible dar una noción técnica y unívoca de personalidad (CAPILLA RONCERO, F.: voz «Personalidad» en *EJB* T.III. Madrid. Civitas 1995. p. 4871-4872). Así todo, la mayoría de la doctrina considera la personalidad como la cualidad de ser persona (STORCH DE GRACIA, J. G.: «Acerca...», ob. cit. p. 1109; ALISTE SANTOS, T.J.: *La tutela...*, ob. cit. p. 85 y 89.) o la calidad de ser en el mundo del derecho (STORCH DE GRACIA, J. G.: «Acerca...», ob. cit. p. 1100.) y, por tanto, entienden que es única porque se dirá la personalidad -cualidad de ser persona- es un *quid* simple mientras que la capacidad es un *quantum* por lo que «*se puede ser, como persona, más o menos capaz; pero no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente*» (STORCH DE GRACIA, J. G.: «Acerca...», ob. cit. p. 1109; en el mismo sentido RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, ob. cit. p. 451; GARCIA RUBIO, M. P.: «La persona...», ob. cit. p. 104; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentarios al art.29 Cc», ob. cit.; HERNÁN CORREA T.: «Comienzo...», ob. cit. p. 47 n. 47). En el fondo todas estas teorías, afirman que como persona solo hay una personalidad solo hay una y de ello deducen que personalidad jurídica también hay solo una. Pero esto último creo que es criticable porque si bien la persona y personalidad *stricto sensu*, son únicas (porque la primera refiere a un ser humano y la segunda a una cualidad de la persona), por el contrario, la personalidad jurídica (que se refiere a la manifestación de la persona en uno de los sectores de la realidad, el jurídico) no tiene que ser necesariamente única porque cada sector del ordenamiento es libre para exigir, en atención a los intereses que ampara, más o menos requisitos para la concesión en su sector de la personalidad jurídica. No olvidemos que, a nuestro entender, la personalidad jurídica es siempre una creación del derecho por lo que se puede ser persona para el derecho penal y no necesariamente para el civil. Por otro lado, nótese que los principios que informan el Derecho Penal (de intervención mínima, subsidiariedad etc.) no tienen por qué coincidir con el de otras ramas del Derecho.

1289Como resume GARCIA RUBIO, MP.: «La persona...», ob. cit. p. 88: la mayoría de la doctrina interpretaba la expresión del derogado art. 30 CC "*a efectos civiles*" como aquellos efectos que afectaban solo a la esfera patrimonial quedando fuera de su ámbito los aspectos relativos a los derechos fundamentales de los que gozaba la persona desde el momento mismo de su nacimiento.

1290Expresión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «En torno...», ob. cit. p. 6.

La teoría que se sostiene de la pluralidad de personalidades jurídicas consideramos que ha recibido consagración legal por dos vías: la aprobación de la LEC y la doctrina penal sobre el nacimiento. En efecto:

I) El art. 6.2º LEC reconoce al «*concebido no nacido*» capacidad para ser parte sin condicionar dicha capacidad al nacimiento con los requisitos del art. 29 y 30 Cc¹²⁹¹. Por tanto, por disposición de ley (del art. 6.1.2 LEC), el concebido tiene capacidad jurídica procesal (i.e. capacidad para ser parte) y ello implica o presupone, puesto que capacidad jurídica es sinónimo de personalidad jurídica, tener personalidad jurídica (procesal) y ser, para el Derecho Procesal, persona¹²⁹². Incluso cabría argumentar que la nueva LEC de 2000 habría derogado tácitamente el art. 29 CC si bien dado el tenor del reformado art. 30 poco habríamos logrado¹²⁹³.

II) La doctrina penal señala que «*a efectos penales no hay más concepto de nacimiento que el natural: basta y sobra con haber nacido para obtener la tutela jurídica aunque no se den los requisitos que el CC exige para ser persona*»¹²⁹⁴ de modo que la Sala 2ª del TS considera que «*la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los arts 15 y 43 CE*»¹²⁹⁵. Congruentemente, señala dicha Sala de lo Penal como momento del

1291 Como señala ALISTE SANTOS, aunque algunos tempranos comentarios a la LEC 1/2000 han querido ver en su art. 6.1.2º un fiel reflejo y simple continuismo del art. 29 del CC lo cierto es que el tenor de ambos artículos es muy distinto (*Tutela judicial...*, ob. cit. p. 130). Así, sigue diciendo, ya no se condiciona la protección del concebido al hecho posterior del nacimiento, ni se hace equivaler la posición jurídica del *nasciturus* a la del nacido por lo que el concebido cuenta con amparo jurídico inmediato de sus intereses pudiendo ejercitar pretensiones en defensa de los mismos cualquiera sea el momento ante los órganos jurisdiccionales civiles (ibíd. p.132). Ambos artículos no son incompatibles entre sí ni el art. 6 LEC ha derogado el art. 29 CC porque, interpretando conjuntamente ambos, resultará que la norma procesal ofrece posibilidad de tutela jurídica efectiva al concebido y el art. 29 CC consolida los eventuales derechos adquiridos gracias a esa tutela durante la concepción, impidiendo que sigan a merced de toda contingencia y dándoles la firmeza típica de todo derecho subjetivo perteneciente a la persona física. (ibíd. p. 134). Y concluye: la novedad fundamental que aporta la LEC al regular la capacidad para ser parte del concebido es la falta de condicionamiento de esa capacidad. Una novedad legislativa que tiene consecuencias extra procesales: la protección *per se* del concebido (ibíd. p. 136). Como consecuencia, si se interpone una pretensión en defensa de los intereses vitales del *nasciturus* será el juez civil quien resuelva los conflictos entre el *nasciturus* y su madre quedando en manos de dichos jueces la valoración de si esta puede abortar en los supuestos exentos de punibilidad. «*Y esto no es poco*» (ibíd. p. 138). Asimismo, dado el carácter supletorio de la LEC, el *nasciturus* podrá ser parte en un proceso penal como acusación particular o actor civil en una tentativa de delito de aborto o en un delito de lesiones al feto (ibíd. p. 139-140) y ser parte en el orden contencioso administrativo p. ej. pretensiones de responsabilidad por daños sufridos por actuaciones de la Administración Sanitaria (ibíd. p.141).

1292 Como señala LORCA NAVARRETE: «*con la LEC se da el paso que definitivamente se debió dar en 1881 al reivindicar para el Derecho procesal la autonomía conceptual de la personalidad procesal que nunca se debió ubicar en las fuentes civilistas*» (LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2000, p. 120).

1293 Cabría argumentar, a favor de la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 LEC, el argumento de que, si no se reconoce, ex art. 29 CC, al concebido capacidad jurídica sustantiva difícilmente podrían sostenerse pretensiones fundadas en nuestro Derecho favorables al concebido ya que el demandado alegaría inmediatamente falta de legitimación del concebido que interpone demanda (ALISTE, T.J.: *Tutela judicial...*, ob. cit. p.134). Este problema puede solucionarse de dos maneras: o reconociendo al *nasciturus* capacidad jurídica civil mediante la derogación tácita del art. 29 CC por el art. 6.1.2 (teoría que considero más aceptable) o considerando que el *nasciturus* tiene capacidad jurídica porque sigue vigente la Ley III, tít. XXIII, P. IV (ibíd. p. 135) lo que considero criticable porque la materia «*De las Personas*» ya ha sido regulado por el CC (Libro Primero) con mayor o menor detalle y con mejor o peor fortuna y, por tanto, toda la legislación anterior fue derogada (art. 1976 CC).

1294 CARBONELL MATEU, J.C. «Homicidio y sus formas (I): homicidio» en la obra *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª ed. Tirant Lo Blanch Valencia 2016 p. 42.

1295 Señala la STS 22/01/1999, Sala 2ª, (TOL5.134.742): «*el comienzo del nacimiento pone fin al estadio*

nacimiento el del principio del parto incluso adelantando éste a la fase de dilatación y comienzo de las contracciones sosteniendo que la muerte durante el parto no será aborto sino homicidio porque se considera persona y no feto al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado¹²⁹⁶. Así, puede afirmarse que la personalidad jurídico penal y constitucional comienza en un momento distinto que la personalidad jurídico civil: aquella en el momento de las contracciones y de la fase de dilatación; esta en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno (art. 30 CC).

3.1.3.1.1.2 El concepturus

Si respecto del *nasciturus*, que existe, se han planteado las dudas ya mencionadas, respecto al *concepturus* no hay duda ninguna: ni existe ni tiene personalidad jurídica y tratar de atribuírsela significaría, como ya señaló DE CASTRO, «*un grave retroceso de la técnica jurídica*»¹²⁹⁷. Por tanto, el *concepturus* no puede ser titular de derechos ni adquirirlos porque no le alcanza la concesión que para los ya concebidos contienen los arts. 29 y 30 CC¹²⁹⁸. No obstante, dichas personas futuras sí son tenidas en cuenta por el derecho y no sólo en el derecho sucesorio (conectado con la problemática de llamamientos hereditarios en favor de personas futuras¹²⁹⁹), sino también en determinados ámbitos del derecho contractual¹³⁰⁰.

Por ello, es inadmisibles la representación del *concepturus* esencialmente porque no se admite la representación de personas futuras¹³⁰¹ o, dicho en otras palabras, porque la representación exige y presupone la existencia del representado por lo que, cuando este no existe, no tiene lugar el fenómeno de la representación sino que existirá una actuación en nombre propio¹³⁰². Tampoco, en sede de representación legal, puede hablarse ni de patria potestad ni de representación sobre el *concepturus*, entre otras razones porque la patria potestad, que es una consecuencia de la filiación, no puede establecerse respecto de alguien que no existe¹³⁰³. Por ende, si una persona intenta

fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el CC, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, integridad física y salud que proclaman los art. 15 y 43 CE. El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el CP. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una persona».

1296STS 29/11/2001 (TOL2.047.036); STS de 22/01/1999, Sala 2ª (TOL5.134.742).

1297DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T. II. ob. cit. p. 134. En el mismo sentido, DORAL GARCIA J.A.: «Concepto filosófico...», ob. cit. pp. 123-124.

1298ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 19.

1299VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. pp. 72 y 73 y en especial n. 40 sobre estado de la discusión. *Vide* también sobre *concepturus* y sucesión *mortis causa* DE CASTRO, F.: *Derecho civil...T.II.*, ob. cit. pp. 134 y ss.; LACRUZ, J.L. *et al.*: *Elementos...*, T. V [5ª ed., 1993], pp. 60-62, y recientemente MORENO MOZO, F.: «El nacimiento», en *Los 25 temas...* Vol. 1. ob. cit. pp. 42 y ss.

1300Vide más ampliamente sobre dichos contratos DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...T. II.* ob. cit. p. 137.

1301DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...T. II.* ob. cit. p. 137 n. 3.

1302MACIA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, p. 163.

1303VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 72; CASTÁN VÁZQUEZ J.M.: *La Patria Potestad*, ob. cit. p. 167 quien señala que siendo la patria potestad una consecuencia de la filiación, no puede hablarse de patria potestad sobre alguien cuya filiación no puede establecerse porque, de admitirse, dicha patria potestad constituiría un poder sin sujeto pasivo, ya que no existe el hijo sobre el que debería ejercerse, y sin sujeto activo, puesto que no puede hablarse de padre al no haber paternidad.

representar al *concepturus* su actuación se equipararía a la del representante que actúa en nombre de alguien que no le ha conferido la representación o a la del mandatario que se excede de los límites del mandato y, en tales casos, el CC (arts. 1725 y 1727. 2) fija que el representado no queda vinculado con el tercero sino solo el representante¹³⁰⁴. Ni siquiera podría equipararse a una venta de cosa ajena porque esta presupone que la cosa vendida pertenece a otro, pero el *concepturus* no puede ostentar ningún derecho de propiedad ni de cualquier otra clase. Sencillamente porque no existe.

3.1.3.1.1.3 El superpóstumo o postumísimo.

Es superpóstumo el hijo concebido con material reproductor de un varón tras el fallecimiento de éste. La fecundación *post mortem patris*, como regla general, es un hecho no admitido (art. 9.1 LTRHA) pero, por excepción, se admite cuando el varón-futuro padre- preste su consentimiento, que es revocable, en la forma legalmente requerida y siempre que la fecundación tenga lugar dentro de los 12 meses siguientes a su fallecimiento (arts. 9.2 LTRHA). Cumplidos tales requisitos la generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (art. 9.2 LTRHA) o servirá dicho consentimiento, en caso de varón no unido por vínculo matrimonial, como título para iniciar el expediente del art. 44.8 de la LRC¹³⁰⁵ (art. 9.3 LTRHA) por lo que, en ambos casos, el superpóstumo ostentará derechos sucesorios. Con lo que se llega, como dice MORENO MOZO, en la evolución de la capacidad sucesoria del póstumo, a la admisión en la sucesión del aún no concebido al morir el causante¹³⁰⁶. No obstante, a salvo dicha capacidad sucesoria, con relación a los actos *intervivos* la respuesta con relación al superpóstumo debe ser idéntica que para el genérico *concepturus* y, por tanto, no cabe admitir que el futuro padre represente a quien tras su muerte será fecundado con su material reproductor sencillamente porque mientras el padre existe el superpóstumo no existe (ni siquiera habrá sido concebido) y, concebido el superpóstumo, quien no existe es el padre. Obviamente, concebido el superpóstumo, su representación por la madre mientras esté en estado de *nasciturus* se regirá por lo que a continuación expondremos con relación a cualquier concebido no nacido¹³⁰⁷.

3.1.3.1.1.4 El *nasciturus*

El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que puede ser aceptada por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Fuera de estos dos supuestos el CC guarda silencio y habrá que acudir al art. 29 CC para conocer si cabe representar al *nasciturus*, si puede otorgarse un contrato en nombre de él y si dicho contrato puede ser un contrato oneroso.

1304MACIA MORILLO, A.: *La responsabilidad...*, ob. cit. p. 163.

1305Dicho art.44.8 LRC de 21-7-2011 establece que: «En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal».

1306MORENO MOZO, F.: «El nacimiento», ob. cit. p. 53.

1307Recientemente se ha ampliado notablemente la bibliografía sobre el superpóstumo y el interés de la doctrina por él. Así, vide FERNÁNDEZ CANALES, C. «El hijo superpóstumo ante la herencia del padre premuerto» en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*. Ed. Aranzadi; 2019, pp. 463-489; de la misma autora, «La fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo», en *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*. Ed. Comares. Granada, 2015, pp. 33-57; LLEDÓ YAGÜE, F.: «Comentario jurídico al art. 9» en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*. Ed. Dykinson, 2007, pp. 126 y ss; LLEDÓ YAGÜE, F.: «La filiación: Estudio sustantivo, jurisprudencia y debate social» *El derecho de familia en expansión*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 179-220.

En cuanto a la primera pregunta, el *nasciturus*, por imperativo de los arts. 29 y 30 CC, carece de personalidad jurídica civil hasta su nacimiento y entero desprendimiento del seno materno por lo que, en el ámbito civil, comparto la posición de VENTOSO ESCRIBANO de que no es fácil admitir que el padre represente al hijo pues falta el elemento subjetivo ya que aún no existe un ser con personalidad civil al que representar.¹³⁰⁸ Por otro lado, como señalaba DE CASTRO, la mecánica de la protección del concebido y de la representación legal son distintas porque por la representación legal el patrimonio del incapaz de obligarse responde por los actos del representante; el concebido, por contra, carece de un patrimonio hasta su nacimiento y la especial protección que se le concede es para reparar su falta de personalidad jurídica civil¹³⁰⁹. Esta es la solución, por otro lado, más respetuosa con el art. 7 LEC que señala que por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido¹³¹⁰.

En cuanto a la expresión «*efectos favorables*» del art. 29 CC señala la doctrina que es común afirmar que por efecto favorable se entiende la facultad general de adquirir derechos¹³¹¹ no considerándose favorable para el concebido la celebración de un contrato oneroso —por grande que fuera la expectativa de ganancia—, porque implica la asunción de obligaciones a cargo del *nasciturus*¹³¹² y dado, añadimos, que el padre no representa nunca al *nasciturus*. Por tanto, los padres no podrán adquirir ni enajenar ninguna clase de bien en representación del *nasciturus* puesto que no son sus representantes y puesto que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica civil que le permita ser titular de bienes. Y en consecuencia, si un sujeto intenta representar a un *nasciturus* su actuación es equiparable a la del representante que actúa en nombre de alguien que no le ha conferido la representación o a la del mandatario que se excede de los límites del mandato y, en tales casos, el CC (arts. 1725 y 1727. 2) fija que el representado no queda vinculado con el tercero sino solo el representante.

3.1.3.1.1.5 El menor no emancipado.

A Breve referencia histórica.

Señalaba acertadamente LLAMAS POMBO que desde la proposición del Digesto que afirmaba que: «*el que se halla bajo la potestad de otro no puede tener nada propio*» (D 41.1.1) hasta la vigente redacción del CC existe un largo camino. «*Olvidarlo u omitir una breve mención a los mismos [...] equivale a despreñar la tradición jurídica que ha hecho posible la regulación actual*»¹³¹³.

El derecho romano arcaico se basaba en una concepción omnímoda del *paterfamilias* cuyo poder absoluto se proyectaba sobre los *alieni iuris*¹³¹⁴ y que abarcaba el *ius vitae*

1308VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 71.

1309DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...T. II*. ob. cit. p. 126.

1310Como señala ALISTE el término del art. 7.3 LEC con el potencial simple «*representarían si ya hubieren nacido*» expresa que, dado que el *nasciturus* no ha nacido, no puede hablarse propiamente de representación por lo que comparecerán las personas que en un futuro próximo tendrán la representación, pero que ahora no la tienen (ALISTE, T.J.: *Tutela judicial...*, ob. cit. pp. 145-146; en parecido sentido, también ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. pp. 47 y 48, niega que pueda existir representante del *nasciturus* porque la patria potestad sólo alcanza a los hijos nacidos no emancipados).

1311GUTIERREZ SANTIAGO, P.: «Comentarios...», ob. cit. p. 489.

1312DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...T. II*. ob. cit. p. 126; VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 71.

1313LLAMAS POMBO, E.: *El Patrimonio de los hijos...*, ob. cit. pp. 19-20.

1314Poder que no cesaba ni con la mayoría de edad del hijo, ni con su matrimonio, ni con su ingreso en el

ac necis. Por tanto, es lógico que en dichas etapas tempranas el *paterfamilias* no tuviera prohibiciones para vender los bienes de los menores sencillamente porque los que se encontraban sometidos a su potestad no podían tener nada suyo perteneciendo todo el patrimonio al padre¹³¹⁵ y siendo quienes se hallan *in potestate* «puros órganos de adquisición paterna»¹³¹⁶. En consecuencia, el *filius*, no podía llevar a cabo actos de disposición porque quien nada tiene nada puede transmitir¹³¹⁷.

La larga evolución del derecho romano suaviza el inicial absolutismo del poder paterno desembocando en la «*paterna pietas*» de influencia cristiana¹³¹⁸, pero, en dicha evolución, cabe señalar diversos hitos fundamentales hacia el reconocimiento de una capacidad patrimonial del *filius* y, así, se otorgará cierta capacidad al *filius* para ser actor en determinados procesos, se facilitará al acreedor la posibilidad de reclamar al padre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el hijo en determinadas circunstancias a través de las *actiones adiecticiae qualitatis* y, sobre todo, aparecerán diversas formas de *peculium*¹³¹⁹.

En España, el Fuero Juzgo contiene una prohibición absoluta de enajenación de los bienes del hijo (Fuero Juzgo Libro IV, Tít. II, Ley XIII), lo cual se va matizando en las

ejército, ni en las magistraturas más altas como nos recuerda D'Ors (D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*. Ed. Univ. de Navarra. Pamplona, 1968, p. 225).

1315 Así se señala en Gayo Inst. II. § 87 «*quod liberi nostri quos in potestate habemus mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur...vel ex alia qualibet causa adquiruntur; id nobis adquiritur; ipse enim, qui in potestate nostra habemus, nihil suum habere potest*» [trad.: «Todo aquello que los hijos sometidos a nuestra potestad o nuestros esclavos reciban en mancipio o adquieran por tradición, bien sea que provenga de estipulación o de cualquiera otra causa, se hace nuestro, pues el individuo sometido a nuestra potestad nada puede tener que sea suyo»]. No obstante, el patrimonio, aunque pertenecía al padre, no estaba para su privativo y exclusivo servicio (IGLESIAS SANTOS, J. *Espíritu del Derecho romano*. Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1980. 1ª Ed. p. 104).

1316 ALONSO PÉREZ, M.: «El patrimonio...», ob. cit. p. 11; usa idéntica expresión LLAMAS POMBO, E.: *El Patrimonio...*, ob. cit. p. 21.

1317 VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 29.

1318 LLAMAS POMBO, E.: *El Patrimonio...*, ob. cit. p. 20. Hizo falta, dice ALONSO, una lenta pero constante evolución jurídica para que el poder omnímodo y autocrático del *paterfamilias* sobre el *filius* se transformase en *officium* o deber de protección y asistencia pudiendo vislumbrar dicha profunda transformación en D. 48.9.5: «*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*» (en ALONSO PEREZ M.: «El patrimonio...», ob. cit. pp. 10 y 11).

1319 LLAMAS POMBO, E.: *El Patrimonio...*, ob. cit. p. 21. En efecto, la originaria incapacidad patrimonial del *filiusfamilias* quebró al afirmarse el régimen de los peculios. En un principio (*peculium profectivum*), era una pequeña suma de dinero o bienes concedida por el pater al *filiusfamilias* en goce y administración pudiendo el *filius* disponer libremente del peculio, pero no donarlo y pudiendo el *pater* revocarla siempre. De la época de Augusto data el *peculium castrense* (bienes que adquiere el *filius* como soldado y del que este podía disponer con libertad) y la legislación de Constantino instaura dos nuevas formas de peculio: el *peculium quasi castrense* (bienes que adquiere el *filius* como funcionario de la corte imperial, como clérigo o por el ejercicio de una profesión liberal) y el *peculium adventicium* (la herencia materna correspondía en propiedad al hijo y en administración y usufructo al padre careciendo este último de facultades dispositivas). Posteriormente, se extiende el *peculium adventicium* a los bienes procedentes a título gratuito de los ascendientes maternos, dote, donaciones nupciales etc. Y finalmente, en derecho justiniano, triunfa la idea de que el *filius* es propietario de los bienes obtenidos por sí mismo, ya sea por su trabajo o como consecuencia de la liberalidad de un tercero, por lo que, con relación a dichos bienes, el *pater* es un simple administrador y usufructuario. Sobre la evolución y características de cada peculio véase también, entre muchos otros, ALONSO, M.: «El patrimonio...», ob. cit. pp. 10-13; VENTOSO, A.: *La representación...*, ob. cit. pp. 32-38; CASTAN VAZQUEZ, J.M.: *La patria potestad...*, ob. cit. p. 254.

Partidas¹³²⁰ y la Nueva Recopilación¹³²¹. En el S XIX la LEC de 5 octubre 1855 exigió en su artículo 1401 autorización judicial para la venta además de los bienes inmuebles de, entre otros, «*alhajas de plata, oro y piedras preciosas*»¹³²² expresiones que servirán de fundamento, como veremos, a la teoría estricta del término «*objetos preciosos*» del actual art. 166 CC. Años más tarde, la LEC de 1881 regulará exhaustivamente esta materia, en términos similares al vigente art. 166 CC, no sólo por los bienes objeto de disposición sino, asimismo, por los tipos de actos dispositivos (arts. 2011 y 2030 LEC 1881)¹³²³. Así el art. 2011 LEC/1881 establecía, en su redacción original, la necesidad de licencia judicial: «*para enajenar o gravar los bienes de menores o incapacitados que correspondan a una de las clases siguientes: 1º Inmuebles. 2º Efectos públicos y valores de toda especie sean al portador o nominativos. 3º Derechos de todas clases. 4º Alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo*».

Al promulgarse el CC en 1889 se exigió, en la redacción original del art. 164 CC, que para que los padres pudieran enajenar o gravar «*los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración*» concurriera causa justificada de utilidad o necesidad y autorización judicial. Dicho artículo planteaba en su redacción original problemas de coexistencia con el señalado art. 2011 LEC 1881 porque la enumeración de bienes respecto de los cuales el art 2011 LEC/1881 era más amplia que la simple mención a los inmuebles que contenía el art. 164 CC en su redacción original lo que hizo que parte de la doctrina de la época entendiera que continuaba vigente el art. 2011 LEC mientras que la doctrina mayoritaria entendía que dicho art. 2011 había sido derogado¹³²⁴.

B Regulación actual.

Tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, los menores no emancipados pueden estar sujetos a la patria potestad de sus progenitores (lo cual, obviamente, es el supuesto más frecuente) o a la tutela cuando se trate de menores no emancipados en situación de desamparo o de

1320Las Partidas (P. 5ª, Tít. XIII, Ley 24) contienen una prohibición absoluta de enajenar los bienes de los «*hijos que son suyos propiamente, que los han de parte de su madre*». Y si el padre los enajena indebidamente el hijo podrá indemnizarse con los bienes del padre, a cuyo fin otorga al hijo hipoteca tácita en ellos. Por otro lado, la P. 3ª, Tít. XVIII, Ley LX contiene una regulación sobre la manera de disponer de los bienes raíces por los guardadores de los menores que sean huérfanos exigiéndose autorización judicial y venta en pública subasta («*estonce deuese fazer con otorgamiento del Juez del lugar, andando la cosa públicamente en almoneda treinta días*»). No obstante, la P. 6ª, Tít XVI, Ley XVIII prevé que puedan venderse los bienes de los huérfanos en ciertos casos («*por pagar las debdas que hobiese dexadas el padre del huérfano, ó por casar alguna de las hermanas del mozo, ó por casamiento del mesmo o por otra razón derecha que lo hobiese de facer*») pero debían concurrir dos requisitos: la autorización judicial y que no se tratase de «*la casa que fue del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació*».

1321La Nueva Recopilación exige licencia para disponer de ciertos bienes del menor en atención al valor de estos. Así en el Libro 5 Tít. II, Ley 22 disponía: «*Mandamos que agora ni de aquí adelante ningún hijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor o menor, ni ningún menor, que tenga tutor o curador, sin licencia de los suso dichos, ne puede comprar, ni tomar, ni sacar en fiado por sí, ni otros en su nombre, plata ni mercaderías, ni otro ningún género de cosas, ni ningún platero, ni mercader, ni otra cualquiera persona se lo pueda vender, ni dar en fiado sin la dicha licencia*».

1322Dicho art. 1401 LEC/1855 exigía licencia judicial para vender los siguientes bienes de menores e incapacitados: «*1º Bienes raíces. 2º Derechos de toda clase. 3º Alhajas de plata, oro y piedras preciosas. 4º Bienes inmuebles y los muebles o semovientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo*».

1323MARIN GARCIA DE LEONARDO, Mª. T.: «El proceso formativo...», ob. cit. p. 81.

1324Resumía el estado de la doctrina ALONSO PEREZ al señalar que: «*la opinión dominante -Manresa, De Buen, Taulet, Castán V., Espín y Puig Brutau- entienden que el precepto del art. 164 CC. ha derogado la norma del art. 2011 LEC [...]. Otros autores -Sánchez Román, Valverde y De Diego- consideraron vigente, después de publicarse el CC, el art. 2011 LEC. Y no faltan autores, como Ossorio y Castán Tobeñas que con buen criterio en mi opinión estiman sería justa la aplicación de la LEC a ciertos bienes muebles de importancia*» (en ALONSO PEREZ, M.: «El patrimonio...», ob. cit. p. 23).

menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC en redacción dada por Ley 8/2021). La problemática de la validez o invalidez de los actos realizados por los tutores sobre inmuebles del tutelado la examinaremos al tratar de la curatela de la persona mayor de edad con discapacidad porque la solución, en ambos casos, ha de ser idéntica ya que el art. 224 CC declara aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela. Por tanto, ahora nos centramos en el supuesto normal del menor no emancipado que está sujeto a la patria potestad de sus progenitores.

Dispone el actual art. 166.1 CC que: «*Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal*». Dicho precepto amplió notablemente, en un loable intento por proteger el patrimonio del menor, los supuestos en los que era necesaria la autorización judicial¹³²⁵, pero ha dejado importantes dudas porque si bien la doctrina ya había indicado la conveniencia de no centrar la exigencia de autorización judicial en la naturaleza mueble o inmueble del bien lo cierto es que la redacción del art. 166 CC sí que parece asentarse sobre dicha distinción¹³²⁶. Trataremos de exponer en los siguientes epígrafes las dudas que ofrece dicho precepto:

B1) La capacidad del menor no emancipado para vender bienes inmuebles.

Parece fuera de toda duda que cuando los padres vendan inmuebles en representación de sus hijos necesitarán, por exigirlo así el art. 166 CC, previa autorización judicial. Y ello independientemente de que el inmueble puede ser de muy escaso valor; y ello pese a que *lege ferenda* la doctrina y señaladamente CASTÁN VÁZQUEZ exigiera, como vimos, que la exigencia de autorización judicial no debería centrarse «*para el futuro, en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los objetos enajenados*»¹³²⁷. La letra del art. 166 CC es rotunda y no parece dejar, *de lege lata*, excesivo espacio a la interpretación, aunque sí admite alguna excepción de elaboración jurisprudencial¹³²⁸. En todo caso, lo

1325El art. 166.1 incluye, así, todos los bienes que tienen importancia patrimonial por su valor económico (MARIN GARCIA DE LEONARDO, M.T.: «El proceso formativo...», ob. cit. p. 70). Sobre los antecedentes históricos y proceso formativo del artículo 166 CC es especialmente interesante MARIN GARCIA DE LEONARDO, M.T.: «El proceso formativo...», ob. cit. pp. 69-98.

1326La doctrina, señala MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a. T.: «Actos de disposición... (II)», ob. cit. p. 306, ya destacó la conveniencia de extender la obligación de autorización judicial a toda clase de bienes, inmuebles o muebles, de cierto valor económico y ello porque el art. 164 CC se fundaba en un anacrónico «*res mobilis, res vilis*». Así, ALONSO PÉREZ señalará que hay que atender, como criterio de distinción, a la naturaleza del bien, pero no como hace el CC que distingue muebles e inmuebles sino atendiendo a la entidad económica de los mismos, a su auténtico valor (ALONSO PÉREZ, M.: «El patrimonio...», ob. cit. p. 23). Y critica, este último autor, la tesis de CASTAN VAZQUEZ que consideraba que debía atenderse, para exigir autorización judicial, no a la naturaleza inmueble o mueble sino a la índole de los actos de enajenación requiriéndose la misma solo para los actos a título gratuito o que impliquen asunción de obligaciones (CASTÁN VÁZQUEZ J.M.: *La Patria Potestad*, ob. cit. p. 302) porque, señala ALONSO PEREZ, una inapropiada gestión a título oneroso puede ser, a menudo, perjudicial para el menor y no hay motivo para que el padre realice la misma sin autorización del juez.

1327CASTÁN VÁZQUEZ J.M.: *La Patria Potestad*, ob. cit. p. 302.

1328En efecto, nuestro TS (STS 20.1.1897) y nuestra DGRN (R 23.11.1899) no exige dicha autorización judicial para ventas judiciales forzosas de bienes de los hijos ni cuando la disposición no es voluntaria sino forzosa como en caso de expropiación forzosa o apremios administrativos (GONZÁLEZ LAGUNA M.: «Bienes de menores y Registro de la Propiedad» en *RCDI núm. 570*, sept.-oct. 1985. pp. 1177-1196). Tampoco, añade la RDGRN de 27-5-1926, para la escritura de retroventa otorgada por el padre en nombre de los hijos que constituyan un simple «*desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto*» y ello porque como destaca RIVERA en el retracto con-

que sí es discutible y de hecho ha dividido a la doctrina es si se puede disponer de un bien a título gratuito -por herencia, donación- a favor de un menor, excluyendo dicho bien de la administración paterna (exclusión admisible ex art. 164.1 Cc) pero eximiendo, para el caso de que en el futuro se venda dicho bien, el requisito de la autorización judicial del art. 166 CC¹³²⁹.

B2) La capacidad de los padres para comprar bienes inmuebles en nombre de los hijos.

Estado de la cuestión.

La doctrina normalmente no se plantea la cuestión de la compra de inmuebles «posiblemente por aceptar en términos generales las adquisiciones»¹³³⁰ y porque el legislador se ha preocupado de los actos que entiende que pueden perjudicar al menor por suponer la salida de bienes de su patrimonio, pero no de los actos que implican entrada de bienes en el patrimonio del menor porque entiende, erróneamente, que estos no pueden perjudicarlo¹³³¹. Así, para la doctrina es indudable que los padres pueden comprar inmuebles para los hijos, aunque ningún artículo expresamente lo establezca y deba deducirse de la genérica facultad de representación del art. 154.2 CC¹³³². Por su parte, la RDGRN de 7-7-1998 da por supuesta dicha capacidad, que ni se plantea, y centra su análisis, como veremos, en si es precisa autorización judicial para un préstamo hipotecario destinado a financiar la compra de la vivienda.

Posición crítica. No obstante, la respuesta sin matices de que los padres del menor pueden disponer sin límites del dinero del menor para adquirir un bien inmueble no parece razonable. En efecto, ¿sería admisible, atendiendo a la crisis inmobiliaria que padeció España entre 2008-2014, que un padre comprara un valioso bien inmueble en nombre de sus hijos, con dinero del menor que quizá represente todo el patrimonio de estos, cuando a lo peor, en atención a la crisis, la inversión es ruinosa?¹³³³. Entiendo que no y que para tales supuestos debe exigirse autorización judicial como así se exige en Derecho Alemán¹³³⁴. Pero como reconoce la doctrina solo sería posible limitar estas

vencional: «se opera la reviviscencia automática del dominio en manos de retrayente» (RIVERA SABATES, V.: *El retracto convencional*. Tesis Doctoral. UCM, Facultad de Derecho, pp. 160-161).

1329Vide más ampliamente sobre dicha división doctrinal y estado de la doctrina PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*. Ed. CORPME. 3ª ed. Madrid. 2011, p. 110, n. 100 con abundante cita de autores que defienden uno u otro criterio. Por su parte, manifiesta sus dudas DE PRADA GONZALEZ, J.M. «La patria potestad tras la reforma del Código Civil» *AAMN*, T. XXV, 1983, pp. 355-420 porque si bien los términos imperativos y estrictos del art. 166 permiten pensar que las limitaciones de dicho precepto no pueden ser alteradas por donación o testamento no deja de ser incongruente que quepa liberar dichas limitaciones confiando la administración a un tercero y no si la administración se confía al padre.

1330VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 247; ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: «Patria potestad», en *BIICNG.*, nº. 63, 1986, p. 545.

1331Decimos «erróneamente» porque como señala GONZÁLEZ LAGUNA M.: «Bienes...», ob. cit. la compra por los padres de bienes inmuebles en nombre de los hijos puede perjudicarles ya que no hay que olvidar que, al mismo tiempo, se dispone del dinero del menor.

1332PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 110; GONZÁLEZ LAGUNA M.: «Bienes...», ob. cit. que señala que la posibilidad de los padres de adquirir inmuebles en nombre de los hijos «hay que considerarla incluida en la representación legal».

1333Tengamos en cuenta que el perjuicio puede ser enorme dado que la DGRN (R. 7/7/1998) no exige autorización judicial si dicha compra se financia con un préstamo hipotecario en virtud de la teoría del negocio complejo. Es decir, que la compra no es que implique la desaparición de quizá todo el dinero del menor a cambio de un bien de dudoso valor, sino que puede, además, implicar la asunción por el menor de una préstamo garantizado con hipoteca no siendo el primer caso en que el dinero prestado exceda en muchísimo, a los pocos años de la compra, el valor de mercado del bien inmueble.

1334Así señala el BGB [§ 1643.1]: «Para celebrar negocios jurídicos por el hijo los padres necesitan la

adquisiciones si consideramos que una tal cantidad de dinero es un «objeto precioso»¹³³⁵ aunque el art. 166 CC no está pensado en el dinero al hablar de «objeto precioso». No obstante, ateniéndonos a la letra del art. 166 CC y a su espíritu (la protección de los bienes más importantes del patrimonio del menor para evitarle todo perjuicio) entiendo que cabe hacer una lectura de dicho artículo que, en protección del menor, permita que cuando el precio de la compraventa sea especialmente relevante en relación con el patrimonio del menor dicho precio pueda merecer la consideración de objeto precioso. Pero primero veamos que ha dicho la doctrina sobre qué debe entenderse por «objetos preciosos» y sobre qué debe entenderse por «bien inmueble»:

¿Qué debe entenderse por la expresión «objetos preciosos» a que alude el art. 166 CC?

Señalaba irónicamente DE PRADA que: «la referencia a los objetos preciosos no plantea otra cuestión que la siempre difícil de que se entiende por objetos preciosos»¹³³⁶. Pero la respuesta a dicha cuestión es especialmente relevante para responder a la pregunta de si el dinero, y, en consecuencia, el precio de una compraventa de un bien -mueble o inmueble- cuando es extraordinariamente relevante en relación con el patrimonio del menor, puede tener dicha consideración. Con relación a la mención de «objetos preciosos» del art. 166 CC existen dos teorías en nuestra doctrina: una teoría minoritaria que, en interpretación estricta, parece atender principalmente a criterios gramaticales, sistemáticos y a los antecedentes históricos y legislativos y otra teoría mayoritaria que atiende a la realidad social del tiempo actual y a la finalidad tuitiva y espíritu del art. 166 CC.

A) Interpretación estricta minoritaria del término «objetos preciosos»: es objeto precioso sólo el que tenga un singular valor artístico o histórico. Así, afirmaban DIEZ PICAZO y GULLÓN, aunque sin argumentarlo, que «la referencia a los “objetos preciosos” hay que entenderla en sentido estricto, que no hace referencia tanto a su valor económico... como al hecho de que sean objetos de singular valor artístico o histórico»¹³³⁷. Señalaba VENTOSO ESCRIBANO como argumentos a favor de esta teoría, que no comparte, entre otros, que ese parece ser el significado atendiendo a los antecedentes legislativos (en concreto, atendiendo al art. 1401 LEC de 1855); que la interpretación estricta no es ajena al significado vulgar que a veces se da a la expresión «objeto precioso» y, por último, que el art. 166 CC emplea un término distinto que la expresión «objetos de extraordinario valor» utilizada en los ant. art. 323 y 324 CC (actuales arts 247 y 248 CC tras la Ley 8/2021) por lo que pudiera deducirse que la expresión utilizada por estos dos últimos artículos aluden a criterios económicos mientras la empleada por el art. 164 CC tiene otro enfoque¹³³⁸. Evidentemente, así interpretado, no cabe atribuir al dinero, por elevado que sea su importe, la condición de «objeto precioso» y, por tanto, el progenitor que adquiera un inmueble en representación del menor no emancipado no precisará autorización judicial.

B) Interpretación amplia mayoritaria del término «objetos preciosos»: es objeto

autorización del juzgado de familia en los casos en los que, según el § 1821 y el § 1822. números I, 3, 5, 8 a II. el tutor necesita dicha autorización». Por su parte, ex § 1821: «el tutor necesita la autorización del Juzgado de tutelas: I. para disponer de una finca o de un derecho sobre una finca [...] y 5. para celebrar un contrato que tiene por objeto la adquisición a título oneroso de una finca [...]».

1335 VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 248.

1336 DE PRADA GONZALEZ, J.M. «La patria potestad...», ob. cit.

1337 Así, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS A.: *Sistema...* Vol. IV. [2ª ed. 1982], p. 375.

En el mismo sentido estricto GOMA SALCEDO, J.E.: *Instituciones... T. III.* ob. cit., p. 2561.

1338 VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 264.

precioso el que tenga un relevante valor económico sin más exigencias¹³³⁹. En apoyo de esta interpretación amplia del término «*objetos preciosos*» existen argumentos gramaticales y sistemáticos¹³⁴⁰, pero el argumento principal a su favor radica no solo en la realidad social actual que debe operar como criterio interpretativo de las normas (art. 3 CC) ya que cuando el legislador de 1889 exigió autorización judicial con respecto a los inmuebles, era porque éstos objetivamente tenían un valor superior al de los muebles mientras que en la actualidad el patrimonio mobiliario es frecuentemente muy superior al inmobiliario, sino fundamentalmente en el espíritu y finalidad tuitiva del art. 166 CC que trata de proteger el patrimonio del menor y, por tanto, todo aquello que goza de especial significado económico y tiene una relevancia notoria para los intereses del menor. Sería incongruente con la finalidad tuitiva del art. 166 CC exigir para un inmueble de escaso valor autorización judicial y, sin embargo, para disponer de todo el dinero del menor quizá en una compra inmobiliaria arriesgada o ruinosa para el patrimonio del menor entender que el dinero no es un objeto precioso y que, por ende, pudiera realizarse sin dicha autorización judicial.

Desde esta perspectiva amplia que considera la expresión «*objetos preciosos*» como un concepto en el que se incluyen todos aquellos bienes de mucho valor y costosos sí cabría entender que una elevada suma de dinero, precio de una compraventa, es un objeto precioso. Por ello, entiendo, adhiriéndome a esta tesis amplia, que una elevada suma de dinero sí puede entenderse incluido en la mención legal del art. 166 CC «*objetos preciosos*» por lo que los padres del menor no emancipado necesitarán autorización judicial para comprar un bien inmueble (o mueble) si ello implica disponer de una importante suma de dinero.

¿Qué debe entenderse por «bienes inmuebles»?

Por otro lado, la necesaria autorización judicial para vender (y, en su caso, comprar) inmuebles ¿se precisa para cualquier bien inmueble (es decir inmuebles por naturaleza, incorporación, destino y analogía) o sólo para los bienes inmuebles por naturaleza? También, al respecto, se han vertido dos teorías y así los partidarios de la teoría estricta consideran que la expresión bienes inmuebles del art. 166 CC incluye solo los inmuebles por naturaleza o incorporación no solo porque no parece lógico calificar de inmueble, a los efectos de dicho artículo, a los frutos pendientes, sino también porque el espíritu que inspira el art. 166 CC es el de proteger el patrimonio más importante del menor considerándose que la masa patrimonial más valiosa e importante está formada por los bienes que realmente son inmuebles y no aquellos que lo son, por una ficción legal, por destino¹³⁴¹. Por contra, los partidarios de la teoría amplia consideran que

1339En este sentido amplio, entre otros, AMOROS GUARDIOLA, M.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos. Madrid. 1986, p. 555; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Las Reformas del Derecho de Familia*. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, 1984, p. 1118; GETE-ALONSO y CALERA, M. C.: «Enajenación...», ob. cit. p. 50; LINACERO DE LA FUENTE. M.: *Régimen patrimonial...*, ob. cit. p. 247; MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a. T.: «Actos de disposición... (II)», ob. cit. p. 314; de la misma autora, «El proceso formativo...», ob. cit. p. 70; SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención...*, ob. cit. P 187 y VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 264.

1340Así, en cuanto al argumento gramatical señala VENTOSO ESCRIBANO que «*el significado propio de precioso es todo aquello digno de estimación y aprecio y lo "de mucho valor o de elevado coste"*» (últ. ob. cit. p. 264), y en cuanto al argumento sistemático, añade este autor, que «*la terminología empleada por el código no siempre es igual y, por otro lado, la expresión de precioso como de relevante valor económico no es desconocida por el CC*» (ibíd. p. 265), vide p.ej., arts. 352, 378.2 y 383 CC.

1341Defienden la teoría estricta, entre otros, VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. pp. 255 y 256; SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención judicial...*, ob. cit. p. 183. También, aunque con relación al menor emancipado, PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor...*, ob. cit. p. 191; ÁLVAREZ MORENO, M.T.: «Comentario al artículo 323 del Código civil», ob. cit. pp. 2629 y 2630.

dentro de los inmuebles del art. 166 CC se encontrarían los inmuebles por naturaleza, incorporación, destino o analogía no solo porque el art. 346 CC determina claramente qué debe entenderse jurídicamente por «*bienes inmuebles*» sino también porque el argumento de los partidarios de la tesis estricta de que la finalidad del art. 166 CC es la de proteger el patrimonio más importante del menor que estaría formado solo por los inmuebles por naturaleza y no por aquellos que lo son ficticiamente por destino haría depender la consideración de inmueble de una cuestión de valor y no de clasificación legal y haría innecesaria la expresión bienes inmuebles de los arts. 166 y 323 CC ya que los bienes inmuebles de gran valor ya tiene vedado el menor enajenarlos en virtud de la expresión «*objetos preciosos*» del art. 166 CC o de la expresión «*objetos de extraordinario valor*» del ant. art. 323 CC (actual art. 247 CC tras la Ley 8/21)¹³⁴².

B3) La capacidad de los padres para gravar bienes inmuebles de sus hijos *in potestate*.

La dicción literal del art. 166 CC parece clara e impide a los padres gravar un inmueble sin autorización judicial. No obstante, la RDGRN de 7-7-1998 contempla el supuesto de una madre que compra en nombre de sus dos hijos, y sin autorización judicial, un inmueble financiando dicha compra con un préstamo con la garantía hipotecaria de la propia finca comprada, y concluye la DGRN, mediante una aplicación de la teoría del acto complejo de naturaleza unitaria, que es inscribible dicha compra con hipoteca subsiguiente (el registrador había inscrito la compraventa pero no la hipoteca por faltar la autorización del juez a que alude el art. 166 CC) porque se trata de un único negocio complejo que no puede escindirse en los dos negocios que lo forman ya que la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en dicho caso, era la compraventa¹³⁴³. Por tanto, la DGRN parte, en dicha resolución, de que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización del juez, llevar a cabo actos de aplicación de dinero en la adquisición de bienes inmuebles aun cuando éstos se hallen gravados. Y cuando la compraventa y la hipoteca son simultáneas, de modo que el inmueble ingresa ya gravado en el patrimonio del menor, no es necesario, en principio, autorización judicial¹³⁴⁴.

1342Defienden la teoría amplia, entre otros, DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art.166 del Código civil» ob. cit. p. 1727; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: «Enajenación...», ob. cit. p. 50; MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a. T.: «Actos de disposición... (II)», ob. cit. p. 307; SUAREZ SANCHEZ VENTURA, JM^a. y MARTINEZ MARTINEZ, F.: «Los actos de disposición...», ob. cit. p. 874.

1343GOMA SALCEDO, J.E.: *Instituciones...*T. III. ob. cit. p. 2559. En concreto, la RDGRN de 7-7-1998 (TOL132.558, BOE 31-7-1998) aduce estos argumentos: «a) *Que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles... aun cuando éstos se hallen gravados...*; b) *Que..., cuando el negocio concluido entra en la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, no puede escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que... la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en el presente caso, es la compraventa...*; y c) *Que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del art. 166 CC, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes*».

1344La solución adoptada por la DGRN no me parece aceptable porque como ya señalé, dentro de la expresión «objetos preciosos» del art. 166 CC cabe incluir también toda suma elevada de dinero [por lo que los padres del menor no emancipado necesitarían autorización judicial para comprar un inmueble si ello implica disponer de una importante suma de dinero], pero, en todo caso, de aceptarse la posición de la DGRN la misma solo debería poderse aplicar a los supuestos en los que se pacte que la obligación garantizada se haga efectiva únicamente sobre los bienes hipotecados (art. 140 LH); si no consta dicho

C Sanción para los actos realizados por los titulares de la patria potestad sin autorización del juez cuando ésta es necesaria.

La cuestión planteada es el tipo de invalidez de la enajenación de inmuebles realizada por el titular de la patria potestad en nombre y representación legal de sus hijos menores de edad sin la autorización del juez que requiere el art. 166.1 CC, cuestión respecto a la cual, como nos recuerda DIEZ GARCIA la jurisprudencia ha vacilado debido al silencio a este respecto del art. 166 CC, a la deficiente regulación de las nulidades y a la indefinición doctrinal al respecto¹³⁴⁵. En todo caso, dicha cuestión, como señala la STS de 22-4-2010 (FJ 4º), se empezó a plantear desde que entró en vigor el CC no habiendo dado la Sala Primera del TS, hasta dicha resolución, una respuesta uniforme a dicho problema. «*En realidad -señala esta trascendental sentencia-, se han mantenido tres posturas, resolviendo la Sala, por regla general, a la vista del caso concreto*»¹³⁴⁶. La sentencia hace referencia a tres grandes posturas si bien, como veremos, en realidad son cuatro porque se ha defendido, asimismo, la validez de la venta realizada por los padres sin autorización entendiendo que se trataría de una venta de cosa ajena, válida, ratificable, pero no sujeta a caducidad¹³⁴⁷. Y dichas cuatro grandes posturas sobre la venta realizada por los padres sin autorización judicial son:

C1) La tesis de la nulidad radical. El acto realizado por el progenitor sin autorización judicial es radicalmente nulo. A favor de la nulidad radical, dice la STS 22-4-2010, existe numerosa jurisprudencia que cita, y se funda, dicha tesis, en dos argumentos: «*a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es per se un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos; b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo art. 4, hoy art. 6.3 CC*». A dichos argumentos podría añadirse un tercero y es que aunque, en apariencia, pudiera pensarse que el art. 166 CC (ant. art. 164 CC) ampara el interés privado del menor, por el contrario, el TS ha entendido en alguna resolución que el art. 164, precedente del 166, era norma imperativa «*de carácter familiar, amparadora de los derechos de los menores y afectante a un interés y garantía públicos, que ha sido transgredida*» (STS 28/05/1965; TOL4.307.926).

En la doctrina numerosos autores se han decantado por esta tesis¹³⁴⁸ y, en principio,

pacto la solución es inadmisibles porque del pago del préstamo hipotecario respondería el deudor, el menor, con todos sus bienes presentes y futuros por lo que si la vivienda tiene un precio de venta inferior a la parte que reste por amortizar del préstamo hipotecario (lo cual en época de crisis inmobiliaria es usual) el menor respondería con todo su patrimonio de esa diferencia de valor.

1345DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art.166 del Código civil», ob. cit. p. 1734.

1346Esta declaración de dicha Sentencia reconociendo que el TS ha resuelto, «*por regla general, a la vista del caso concreto*» es una manifestación y un reconocimiento de los efectos nocivos de la teoría bipartita. Cuando el TS, como veremos, ha considerado que, si aplicaba, en el caso concreto, la teoría de la anulabilidad a lo peor la acción ya habría prescrito y era manifiesta la razón del demandante afirmaba la nulidad radical para eludir la prescripción de la acción. Cuando, por contra, entendía que, en justicia, la venta había sido confirmada por actos posteriores afirmaba la anulabilidad porque la nulidad radical hubiera sido incompatible con el efecto confirmatorio. La rigidez de la teoría bipartita (decidido un régimen de invalidez se deducen inexorablemente sus consecuencias) conducía a resultados jurisprudenciales tan diversos para supuestos de venta por padres de inmuebles sin autorización. Es decir, en el fondo, el Tribunal realizaba una operación lógica inversa. Primero decidía, en virtud de argumentos de justicia material, quien llevaba razón y después aplicaba el régimen de invalidez que permitiera llegar a ese resultado. Lo que suponía en el fondo una quiebra del principio de seguridad jurídica porque el justiciable no sabía a qué atenerse cuando acudía a la Sala 1ª del TS.

1347En este sentido FAJARDO FERNANDEZ, J.: «Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2010» en *CCJC 85* (enero- abril 2011), pp. 393 a 410.

1348Así, entre otros, defienden la tesis de la nulidad radical de pleno derecho ALONSO PÉREZ, M.: «El

consecuencia de dicha nulidad radical debiera ser, según la tesis bipartita de las nulidades, la imposibilidad de ratificar el acto, pero diversos autores admiten que, a pesar de ser nulos de pleno derecho, el acto es convalidable porque, dicen, «*excepcionalmente cabe admitir la convalencia y sanación del negocio radicalmente nulo*»¹³⁴⁹, lo que supone quebrar uno de los caracteres esenciales de la nulidad clásica: la insubsanabilidad.

La principal crítica a la tesis de la nulidad radical es que la misma atenta contra el principio de conservación del negocio jurídico (*favor contractus*) que -como afirma la STS 28/10/2014 (TOL4.561.606)- «*se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, al dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica*». Por otro lado, la tesis de la nulidad absoluta es criticable no solo porque la finalidad de la norma no es otra que tutelar el interés patrimonial del menor (y dicho resultado puede alcanzarse sin necesidad de acudir a una sanción tan drástica como la nulidad radical), sino también porque no cabe sancionar como radicalmente nulo un acto realizado sin autorización judicial cuando la misma ley prevé en el art. 166.3 CC que un requisito posterior a la venta (como es el consentimiento o la reinversión) convalide el acto lo cual resulta contradictorio con la insubsanabilidad de la nulidad radical¹³⁵⁰. Además, para que el acto fuera nulo ex art. 6.3 CC, es necesario, como veremos, no que sea simplemente disconforme con una norma imperativa sino contrario a ella por frustrar la finalidad perseguida, lo cual no sucede en estos casos dado el carácter cautelar o preventivo de la limitación infringida¹³⁵¹ y el tenor del art. 166.3 CC que permite, como dijimos, que un requisito posterior valide el acto.

C2) La tesis de la nulidad del artículo 1259 CC. El acto realizado por el progenitor sin autorización judicial es nulo por haberse realizado con extralimitación de poder y puede, en virtud del art. 1259.2 CC, ratificarse lo cual no impide que mientras no se ratifique pueda decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el

patrimonio...», ob. cit. p. 24; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE. B.: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*. Vol. I. 3ª ed. Ed. Aranzadi. 1982, pp. 625- 627; DÍEZ-PICAZO L y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...*I, p. 260, y IV., p. 272; FERNÁNDEZ GALBÍ, E.: «Supuestos especiales de enajenación de bienes inmuebles del hijo menor de edad, sometido a patria potestad» en *La reforma...*, ob. cit. p. 313; GONZÁLEZ LAGUNA M.: «Bienes...», ob. cit.; GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo...(I)» ob. cit. pp. 467, 469 *et passim*; LLAMAS POMBO E.: *El Patrimonio...*, ob. cit. pp. 123 y 128-129; MARTÍNEZ RIPA, J.: «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial. A propósito de la STS de 22 de abril de 2010» en *Diario La Ley*, n.º. 7566, Sección Tribuna, 10-2-2011. Ed. La Ley; PÉREZ-SAUQUILLO PÉREZ, M.: «Reflexiones sobre la reforma de tutela llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983», en *RDN*, enero-marzo 1984. p. 455; YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 616.

1349DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 435. Así, se decantan por la nulidad radical susceptible de convalidación de la venta realizada por los padres sin autorización judicial, entre otros, PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. pp. 214-215; AMOROS GUARDIOLA, M.: *Comentarios...*[1986] ob. cit. p. 545; VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 320 quien admite tanto la ratificación del menor cuando alcance la mayor edad como la aprobación judicial posterior.

1350LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Régimen...*, ob. cit. p. 293.

1351SUAREZ SANCHEZ VENTURA, J.Mª. y MARTINEZ MARTINEZ, F.: «Los actos...», ob. cit. pp. 887 y 888. En contra de este argumento señala LLAMAS POMBO que «*la falta de autorización sí frustra claramente la finalidad tuitiva del precepto*» (LLAMAS POMBO E.: *El Patrimonio...*, ob. cit. pp. 127 y 128) aparte de que, como señalaba GUILARTE, decir que los actos realizados sin autorización judicial cuando esta se exige con carácter indispensable y necesario por la ley no implican contradicción sino simple disconformidad parece puro voluntarismo más que conclusión razonable y lógica (GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo...(I).» ob. cit. p. 469).

art. 1302 CC. Así, señala la STS 22-4-2010 que «una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el art. 1259 CC (SSTS 9-12-1953 y 21-5-1984). La sentencia de 9-12-1953 dice que en estos casos es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el art. 1259 CC y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad». En la doctrina numerosos autores se han decantado por esta tesis de la extralimitación de poderes y aplicación del art. 1259 CC¹³⁵² si bien, como señala SANCHEZ CALERO¹³⁵³, se divide la doctrina entre quienes consideran que el negocio realizado por el *falsus procurator* es nulo por inexistente¹³⁵⁴; quienes consideran que es anulable¹³⁵⁵; quienes consideran que es un negocio en el que sólo se ha producido la oferta por lo que la ratificación supondrá, de producirse, la aceptación¹³⁵⁶ o, según la tesis defendida por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, quienes consideran que el negocio del *falsus procurator* está incompleto y se encuentra en vías de formación: sólo el consentimiento del representado perfeccionará dicho negocio¹³⁵⁷.

No obstante, se ha criticado esta tesis porque, dice GUILARTE ZAPATERO, dichos actos realizados por el progenitor sin autorización judicial además de ser incompletos son actos expresamente prohibidos por norma imperativa y esta naturaleza debe primar sobre cualquier otra, y porque el art. 1259 CC no ampara los intereses de los menores ya que permite a la otra parte contratante revocar su consentimiento antes de que se ratifique por el representado¹³⁵⁸.

C3) La tesis de la anulabilidad. Según la doctrina mayoritaria y cierta jurisprudencia de la Sala Primera del TS el acto realizado por el padre sin autorización del juez es

1352Así, p. ej., ARANDA RODRIGUEZ, R.: *La representación legal de los hijos menores*. Ed. BOE y Univ. Carlos III. Madrid. 1999, pp. 83 y ss.; GÓMEZ-OLIVEROS, J. M^a.: «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)» en *RCDI núm. 565, 1984*, pp. 1441 y ss.; MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a. T.: «Actos de disposición... (II)», ob. cit. pp. 338 y 339., y SUAREZ SANCHEZ VENTURA, J.M^a. y MARTINEZ MARTINEZ, F.: «Los actos...», ob. cit. p. 890.

1353Sobre todas estas teorías vide más detalladamente SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 360 a 390

1354Así, GORDILLO CAÑAS, A.: *La representación aparente...*, ob. cit.: pp. 625 y 628 esp. n. 31.

1355Así, destaca la STS de 7/4/2004 (FJ 4^a) (TOL633.070) como diversas resoluciones de la Sala de lo Civil del TS que cita estiman que el término "nulo" del art. 1259.2 se refiere a la "anulabilidad" de los contratos.

1356Así la STS 29/4/1904, citada por la STS de 22-4-2010 (FJ 4^o), dice textualmente que: «*el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial*».

1357En nuestra jurisprudencia han defendido dicha tesis entre otras, SAP Madrid, Secc. 11, de 23/2/2012, (TOL 2.509.931); SAP Zaragoza, Secc. 5^a, de 24/11/2011, (TOL 2.299.970) y expresamente la STS 17/11/2010 (TOL 2.003.153). En nuestra doctrina dicha tesis ha sido sostenida por RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza y situación del contrato del "Falsus Procurator"» en *ADC 1976-4*, pp. 1103 y 1104; DÍEZ PICAZO, L.: *La representación...*, ob. cit. p. 223; COLAS ESCANDON A.M^a.: «La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones, Sociedades, etc.)» en *Aranzadi civil*. 2001. Vol. III. 1^a ed. T. X. Ed. Aranzadi, p. 2207; LINACERO DE LA FUENTE, M^a.A. *Régimen...*, ob. cit. pp. 294-295; MARIN GARCIA DE LEONARDO, M^a. T.: «Actos de disposición... (II)», ob. cit. pp. 338- 339; SUAREZ SANCHEZ VENTURA, J.M^a. y MARTINEZ MARTINEZ, F.: «Los actos...», ob. cit. pp. 890-891. También parece inclinarse por dicha solución DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 485 si bien, como señala RIVERO HERNANDEZ, la posición de DE CASTRO sobre este tema es *obiter dicta*, muy de pasada, de soslayo y sin explicitar las razones que le conducen a la misma (últ. ob. cit. pp. 1101-1102). Vide SANCHEZ CALERO, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 374 y ss. sobre los diversos autores que han sostenido dicha tesis que califica de doctrina mayoritaria.

1358GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo...(I)» ob. cit. pp. 477-478.

anulable¹³⁵⁹. En igual sentido se ha decantado el derecho foral catalán¹³⁶⁰. El principal argumento a favor de dicha teoría es no solo que existe consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato ex art. 1261.1º CC, aunque el de la parte vendedora adolece de la falta de autorización judicial¹³⁶¹, sino sobre todo que los intereses en juego en el art. 166 CC son intereses privados de los particulares que son protegidos de forma más eficaz por un régimen de invalidez como es la anulabilidad que tiene como rasgos principales que la acción para impugnar los actos está sujeta a plazo, no puede ejercitarla la otra parte contratante y los actos son susceptibles de confirmación¹³⁶².

No obstante se ha criticado dicha tesis porque el art. 1301 CC se refiere literalmente «a los contratos celebrados por los menores o incapacitados», i.e., a los que los menores concluyeron directamente, en su nombre y con su propia intervención, que son diferentes de los que otros ejecutaron, en su sustitución, por ellos y a los que no hace referencia dicho precepto¹³⁶³. Pero sobre todo, como sigue señalando la doctrina, la tesis de la anulabilidad es inaceptable porque pese a que tiene la ventaja de que sea el menor quien, una vez alcanzada la mayor edad, decida sobre la confirmación o impugnación del acto, lo cierto es que el sólo hecho de que el negocio despliegue sus efectos en tanto se produzca tal decisión contradice, por sí mismo, esa pretendida protección de los intereses del menor, pues los perjuicios derivados de tales efectos pueden convertirse en irreversibles, quedando, de este modo, el patrimonio del menor desprotegido durante el intervalo en que esté pendiente la impugnación¹³⁶⁴.

C4) La tesis de la venta válida. Aunque omitida por la STS de 22/4/2010 existe una cuarta teoría que señala que la venta realizada por los progenitores sin autorización judicial se trata de una venta de cosa ajena válida, ratificable, pero no sujeta a caducidad¹³⁶⁵. Así se manifiesta FAJARDO FERNANDEZ que señala que: «*la falta de legitimación del vendedor no anula el contrato, sino que le priva de efectos reales respecto a la parte del bien de la que el vendedor carecía de capacidad dispositiva.*

1359Así, en nuestra doctrina se decantan por la tesis de la anulabilidad, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Las reformas...* ob. cit. p. 1119; BOSCH CAPDEVILA, E.: *La administración...*, ob. cit. pp. 229 a 231; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Venta por representante legal sin autorización judicial» en *Tratado...*, ob. cit. pp. 289-290; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 976; ROVIRA SUEIRO, M^a: *Manual...*, ob. cit. p. 232. En nuestra jurisprudencia de inclinan por dicha tesis de la anulabilidad, entre otras, STS de 9/5/1994 (TOL5.123.573) y las sentencias allí citadas; STS 3/3/2006 (TOL856.110). La SAP Madrid, Secc. 18^a, de 03/11/2005 (TOL784.402), que recurrida en casación dio lugar a la STS de 22/04/2010, sostenía la tesis de la mera anulabilidad de lo que deducía la aplicabilidad de la excepción de prescripción de 4 años del art. 1301 CC. Frente a ello, la STS de 22/04/2010 casa la sentencia de la AP al entender que se trata de un negocio jurídico incompleto que todavía no ha logrado su carácter definitivo al faltar la autorización judicial que exige el CC, que deberá ser suplida por la ratificación del interesado (art. 1259.2 CC) de modo que, si no fuera ratificado, el acto será inexistente, y declara, en consecuencia, la nulidad del contrato de compraventa. Es decir, para el TS se trataría de una ineficacia convalidable, pero dicha convalidación sólo puede realizarse por la ratificación del art. 1259 CC y no por el juego de la prescripción de 4 años del art. 1301 CC frente a la AP que sí consideraba aplicable dicho plazo de 4 años del art.1301 CC.

1360Así, artículo 236-31 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del CC de Cataluña.

1361Argumento empleado por la STS 3/3/2006 (TOL856.110).

1362Argumento empleado por STS 9/5/1994 (TOL5.123.573).

1363GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo...(I)», ob. cit. p. 466; LLAMAS POMBO E: *El Patrimonio...*, ob. cit. p. 124.

1364En este sentido, GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo...(I)», ob. cit. p. 467; LINACERO DE LA FUENTE. M.: *Régimen...* ob. cit. p. 294; LLAMAS POMBO E: *El Patrimonio...*, ob. cit. p. 124; SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 356 y 357.

1365Normalmente se tratará de venta de cosa parcialmente ajena porque la mayoría de los casos suelen ser, como en el supuesto de la STS de 22/4/2010, ventas realizadas por un viudo de un inmueble parcialmente suyo (por gananciales y/o por su porción hereditaria) y en parte de sus hijos.

*La venta de cosa ajena es válida, aunque no transmita el bien vendido»*¹³⁶⁶ señalando que la venta realizada por el padre «no es nula, sino [que sería] una venta de cosa (parcialmente) ajena»¹³⁶⁷. Venta válida, vinculante y con efectos obligatorios tanto para el vendedor, porque este se obligó a entregar la vivienda y a mantener a los compradores en su pacífica posesión, como para los compradores que se obligaron a pagar el precio acordado (que, en el supuesto de la STS 22-4-2010, encima sólo habían abonado en muy escasa cuantía). Señala este autor que el art. 166 CC no es, sin embargo, superfluo porque la irregularidad, el «*aire de irregularidad*» de la venta (que no su nulidad), impide que la venta realizada por el padre (los casos analizados por la Jurisprudencia son, en su mayoría, compraventas realizadas en documento privado) llegue a regularizarse (ya que ningún notario la autorizará ni ningún registrador la inscribirá¹³⁶⁸) y permite que, al no poder acceder al Registro, los hijos puedan ejercitar el retracto de comuneros al diferirse el *dies a quo* del plazo del art. 1524 CC.

No obstante, dicha tesis no parece aceptable porque olvida el tenor del art. 166 CC («*los padres no podrán*») y porque llega a resultados poco satisfactorios como es el hecho de que la venta llegue a producir efectos obligatorios (aunque no reales) o al hecho de que si se trata de una venta válida no se entiende porque señala que el notario no la autorizaría (aunque fuera con la salvedad de que se trata de venta de cosa ajena). Por otro lado, la venta de cosa ajena exige que el vendedor, en este caso el padre, comparezca ante el comprador en nombre propio por lo que si comparece en nombre de sus hijos sin los requisitos legales existirá una extralimitación del poder (porque así se presenta el padre, como apoderado legal de sus hijos) y no una venta de cosa ajena (en la que el vendedor que actúa en nombre propio se obliga a adquirir la cosa para entregarla al comprador)¹³⁶⁹. Como señala RAGEL si el padre vende con engaño o fingimiento sobre la cualidad de dueño del vendedor sería un contrato nulo por ilicitud de causa (al castigar el Código Penal el delito de estafa), mientras que si vende con engaño o fingimiento sobre la cualidad de representante del contratante entramos de lleno en la órbita del art. 1259 CC¹³⁷⁰. Pero, para que exista venta de cosa ajena, es necesario que el contrato recoja con claridad la declaración del *tradens* de que la cosa vendida no es, total o parcialmente, suya ni está actuando en representación del propietario y que se compromete a conseguir que el *verus dominus* preste su consentimiento para poder transmitir el dominio al *accipiens*¹³⁷¹. Como en los supuestos del art. 166 CC los padres actúan, o dicen actuar, en representación de los hijos, aunque se excedan en dicha representación, no existe venta de cosa ajena.

En todo caso, la tesis de la venta de cosa ajena tiene, como señala FAJARDO, la enorme virtud de superar una premisa falsa: «*que esas dos posibilidades de impugnar el contrato (la nulidad y la anulabilidad) son las únicas posible por lo que basta descartar una para demostrar la otra*»¹³⁷²; la enorme virtud de atacar, como ya hiciera PASQUAU LIAÑO, la concepción dual o bipartita de las nulidades tan arraigada en nuestra doctrina y jurisprudencia¹³⁷³.

1366FAJARDO FERNANDEZ, J.: «Comentario...», ob. cit. p. 401.

1367Ibíd. p. 402. «*Parcialmente*» porque en el caso de la Sentencia que comenta -la STS 22-4-2010- el bien era parcialmente del padre y parcialmente de sus hijos.

1368Ibíd. p. 404.

1369RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010» en *Comentarios... Vol. 4º*. [2011] ob. cit. p. 707.

1370Ibíd. p. 729 y 730.

1371Es un contrato válido porque el *accipiens* sabe que el *tradens* no puede transmitirle la propiedad (Ibíd. p. 733).

1372FAJARDO FERNANDEZ, J.: «Comentario...», ob. cit. p. 406.

1373PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p.13 y pp. 117 a 219.

C5) La tesis de la STS de 22-4-2010. Antes de esta sentencia, señalaba PASQUAU LIAÑO, «no creo que pueda invocarse la jurisprudencia como apoyo de ninguna posición doctrinal, pues todas encontrarían algún reflejo»¹³⁷⁴. Pero la STS de Pleno de 22-4-2010 se inclina por la teoría de negocio incompleto o en vía de formación acordando la nulidad ex art. 1259 CC de la venta realizada sin autorización judicial al no constar acreditado ningún acto de ratificación realizado por los hijos después de alcanzar la mayor edad¹³⁷⁵. Más concretamente cabría decir que dicha Sentencia lo que indica es que el negocio celebrado por el padre sin autorización judicial es un negocio jurídico incompleto con una eficacia provisional que se convertirá en definitiva cuando se cumpla la condición (*conditio iuris*)¹³⁷⁶ de ser ratificado, expresa o tácitamente, por el afectado de manera que no siendo ratificado el acto será inexistente¹³⁷⁷; ratificabilidad exigida por la disponibilidad del interés protegido¹³⁷⁸. En resumen, la *ratio decidendi* de la STS 22-4-10 es, como señala RAGEL, «la incardinación del supuesto en el ámbito del art. 1259 CC: los padres no tienen la representación de sus hijos en los supuestos mencionados en el art. 166 CC mientras no hayan obtenido la autorización judicial. Son falsos representantes en ese supuesto concreto»¹³⁷⁹.

En general, la doctrina ha valorado positivamente la sentencia no solo porque permite al menor ratificar, al alcanzar la mayor edad, un negocio beneficioso celebrado por sus padres sin autorización judicial (ratificación imposible si el negocio fuera radicalmente nulo)¹³⁸⁰, sino porque, en general, es de elogiar la iniciativa cada vez más intensa del TS de unificar en Pleno la doctrina sobre temas en los que se haya dictado jurisprudencia contradictoria¹³⁸¹. Pero en el fondo el TS elabora una solución *ad hoc* para el supuesto del 166 CC y así lo reconoce¹³⁸². En todo caso, la teoría del TS que

1374PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. p. 97.

1375La STS 22-04-2010 se inclina por la teoría del negocio incompleto o en vía de formación del art. 1259.2 CC (así, entre otros muchos, FERNANDEZ MARTINEZ, J.M.: «Venta de bienes inmuebles de los hijos menores sin autorización judicial. Examen del artículo 166 del Código Civil» en *RAD 2011 núm. 9* (enero 2011) pp. 17-24; RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario...», ob. cit. p. 724). Sin embargo, otro sector doctrinal entiende, de modo técnicamente incorrecto, que la STS de 22-4-2010 opta por la tesis de la anulabilidad. Así, señala MARTÍNEZ RIPA, J.: «Los negocios...», ob. cit.: «La sentencia de 22-4-2010 sigue básicamente esta última orientación (la que opta por la anulabilidad en sentido estricto) bajo la fórmula de lo que llama «negocio jurídico incompleto...».

1376Como precisa SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención...*, ob. cit. p. 378: «aquí se habla de *conditio iuris*, pero no como algo externo referido a un negocio acabado estructuralmente y válido, como ocurría en el caso de la teoría de la eficacia sometida a condición».

1377Vide un resumen de los argumentos básicos en que se funda dicha STS de 22-4-2010 en DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art.166 del Código civil», ob. cit. p. 1736.

1378Ibíd. p. 1737.

1379RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario...», ob. cit. p. 724.

1380Así, BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010» en *RAD num.9/2012*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2012, p. 20 o DELGADO ECHEVERRIA quien llega a afirmar que la solución de aplicar a estos supuestos el art. 1259 tiene tres importantes ventajas prácticas: primero, permitir al menor ratificar el contrato cuando alcance la mayor edad; segundo, romper con la estricta dicotomía nulidad-anulabilidad para buscar soluciones más flexibles a casos no calificados expresamente por la ley; y tercero, negar la prescripción de las acciones de los menores para hacer valer la nulidad del contrato (en DELGADO ECHEVERRIA, J.: «Venta...», ob. cit. pp. 291-292).

1381RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario...», ob. cit. p. 724; FAJARDO FERNANDEZ, J.: «Comentario...», ob. cit. p. 399.

1382Así, señala la STS 28/10/2014 (TOL4.561.606) que: «el análisis del régimen que resulte aplicable, en aquellos supuestos en donde el ordenamiento jurídico no dé una respuesta técnica y concreta al respecto, no puede quedar reconducido a un planteamiento estático y dogmático de la cuestión consistente en la mera adscripción del supuesto a las categorías conceptuales de ineficacia desarrolladas doctrinalmente» sino que «el método de análisis a emplear es consustancialmente dinámico y flexible, conforme a las peculiaridades que presente el caso objeto de examen; de forma que el contenido y al-

aplica el art.1259.2 CC chirría en algunos aspectos: primero, porque este precepto permite a la otra parte del contrato revocar su consentimiento mientras no sea ratificado lo cual no parece aplicable a las ventas de los padres sin autorización judicial del art. 166 CC; segundo, porque si el negocio jurídico está incompleto y es inexistente mientras no se ratifique (le falta todavía el consentimiento del *dominus* que es justamente la ratificación) no tendrá frente a lo que dice la STS una «*eficacia provisional*» sino una mera apariencia de eficacia, ya que no existe el contrato y lo que no existe no puede producir ningún efecto; y, tercero, no se entiende porque permite el TS que sea «*ratificado, expresa o tácitamente*» y no admite dentro de esa ratificación tácita el no ejercicio de la acción durante el plazo del art. 1301 CC¹³⁸³.

El drama, si se me permite esta expresión, es que en una materia tan casuística es casi imposible aproximar una doctrina científica que tiende a la sistematización y una práctica judicial cercana -como diría PASQUAU- a las peculiaridades del supuesto concreto que debe resolver¹³⁸⁴. En el fondo, la jurisprudencia del TS sobre del art. 166 CC (como reconoce la STS 28/10/2014 que hemos extractado) busca una concepción pragmática del derecho que primero configura el resultado atendiendo a criterios de justicia del caso concreto y luego, a modo de justificación de la decisión adoptada, la motiva adornándola con los argumentos doctrinales¹³⁸⁵. Si el Juez entiende que en el supuesto concreto debería concedérsele a los hijos la posibilidad de impugnar la venta aunque hayan transcurrido 17 años desde el contrato de compraventa (como es el supuesto de la STS 22-4-2010 donde durante todo ese plazo no hubo un solo hecho de ratificación tácita por los hijos) acordará la nulidad del art. 1259 CC porque si acuerda la anulabilidad el plazo habría prescrito o caducado (art. 1301 CC); si dadas la circunstancias del caso se quiere evitar una impugnación ilimitada y un comportamiento especulativo por los hijos de amenazar indefinidamente con impugnarla o ratificarla (p. ej. los hijos no impugnaron, a pesar de conocerla, la venta durante 35 años como sucedió en el supuesto enjuiciado por la STS 3-3-2006) se tiende a afirmar la anulabilidad¹³⁸⁶. La solución jurisprudencial no es satisfactoria porque el procedimiento debería haber sido, por exigirlo la seguridad jurídica,

cance de la ineficacia se adapta a la naturaleza y función que presente el fenómeno jurídico en cuestión y la relevancia de los bienes e intereses jurídicos que sean objeto de protección o de valoración, todo ello conforme a la finalidad perseguida por la norma o por la aplicación de los propios principios generales del derecho». Por eso, «desde esta perspectiva, y fuera de los supuestos en el que el propio objeto del contrato resulte contrario al orden público..., se comprende como desde la finalidad tuitiva de la norma, que no es otra que tutelar el interés patrimonial del menor, y de la naturaleza y función de la autorización judicial, que...es un elemento o condición del acto de disposición, la razón de la ineficacia derivada se aleja de los parámetros propios de una suerte de ineficacia absoluta, de carácter estructural e insanable, para recalar, más bien o ajustadamente, en una ineficacia funcional y relativa, propia de los contratos o negocios jurídicos de ejecución progresiva o incompletos, que generan una eficacia provisional o claudicante hasta que se produce su eficacia definitiva; bien por el propio cumplimiento de la circunstancia o condición, ya por la propia convalidación del afectado mediante su ratificación expresa o tácita y, en su caso, por el transcurso del plazo establecido. Todo ello, conforme a la interpretación sistemática del precepto, particularmente de su correlación con el art. 1259 CC y del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos...».

1383Asimismo, como señala RAGEL, el término «*contrato incompleto*» es confuso porque parece admitir en cierto modo que hay contrato lo que no es verdad (ya que no hay contrato mientras no preste su consentimiento quien tiene que prestarlo para que dicho negocio nazca) por lo que sería preferible hablar de suspensión de validez y eficacia. (RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario...», ob. cit. p. 726).

1384PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 68 y 85-86.

1385PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 78-79. Recuerda ese proceder a la célebre frase del realismo norteamericano que señalaba en boca del Juez Holmes: «*yo me juego a los dados la culpabilidad o inocencia y luego justificó la decisión con la norma oportuna*».

1386Como señala PASQUAU (ibíd. pp. 14-15) el TS en ocasiones califica interesadamente un contrato como nulo o anulable para poder aplicar cierta característica de dicho régimen que esté en juego en la litis, alterando en otros litigios dicha calificación cuando sea otra la cuestión que se dilucide.

exactamente el contrario¹³⁸⁷: no se empieza por el resultado concreto y luego se busca la categoría de invalidez que mejor se adapte, sino que primero se decide en abstracto que invalidez debe ir vinculada a cualquier supuesto de venta sin autorización judicial de inmuebles de los hijos por los padres y luego se aplica al caso concreto. Juzgar es aplicar al caso concreto la norma; no decidir el resultado y luego buscar la norma o categoría que nos permita sustentar ese resultado¹³⁸⁸. El problema es que el TS se ve limitado por la tesis bipartita de las nulidades en cuanto al arsenal de formas de invalidez que puede usar por lo que debemos intentar romper el sistema deductivo axiomático de invalidez que rige en nuestro derecho. Y así quizá deberíamos hablar de una invalidez no susceptible de caducidad, lo que le aproxima a la nulidad clásica, pero ratificable, expresa o tácitamente, lo que le aproxima a la anulabilidad. Un *tertium genus*. Una forma atípica de invalidez que permita quebrar, una vez más el esquema dual de invalidez. Y es que en el fondo en esta sentencia subyace la teoría bipartita de las nulidades, que sólo admite como formas de invalidez la nulidad (en su variante de infracción del art. 6.3 CC y en su variante de infracción del art. 1259 CC) y la anulabilidad, teoría bipartita que es preciso, como hemos defendido a lo largo de toda esta obra, superar.

C6) Nuestra posición: la invalidez del art. 166 CC. Nuestra admisión de las nulidades atípicas nos permite ya adelantar nuestra propuesta con relación a la invalidez de las ventas realizadas por los padres sin la autorización judicial que exige el art. 166 CC. Y entendemos, considerando los intereses en juego y la regulación legal, que se trata de una invalidez (atípica) relativa, de pleno derecho, convalidable, prescribible y no apreciable de oficio. En cuanto al carácter prescribible de la acción declarativa y de restitución de la nulidad por transcurso del plazo de 5 años (arts 1930.2 y 1964.2 CC) desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación ya hemos argumentado *supra* por lo que ahora me referiré al resto de elementos del régimen jurídico de esta invalidez atípica.

En primer lugar, hemos afirmado que es una invalidez relativa de pleno derecho. En efecto, frente a la tesis dual de las nulidades que deduciría inexorablemente de la nulidad del contrato su carácter de absoluto (cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato y aun el causante de la nulidad podría invocar la causa de nulidad) sostenemos el carácter relativo de la misma al considerar que la invalidez del art. 166 CC es una nulidad de protección cuya legitimación solo debe corresponde al menor, porque en su exclusivo interés se establece, y no a otras personas no pudiendo invocarla en su provecho el otro contratante¹³⁸⁹. Pero no por ello es un contrato

1387El TS reconoce en STS 25/6/1946 (TOL 4.455.827) que: «*es una construcción equivocada y artificiosa el indagar si un contrato es anulable a base de inquirir antes si es confirmable, ya que ambas calificaciones, por referirse a una misma clase de convenios —los que reúnen los requisitos del art. 1.261, conforme a los preceptos de los arts. 1.300 y 1.310—, lógicamente han de ser obtenidas simultáneamente, en cuanto los Tribunales estimen la existencia en la convención de los requisitos aludidos*».

1388En el fondo la postura del TS hace verdad la afirmación realista y quizá un poco cínica del realismo norteamericano cuando señalaba el juez HOLMES: «*You can give any conclusion a logical form*». (OLIVER WENDELL HOLMES, JR. «*The Path...*», ob. cit.).

1389En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 330. Recordemos, añadimos, que cuando hablamos, en nuestra concepción superadora de la tesis bipartita, de nulidad relativa de pleno derecho estamos hablando de una forma de invalidez atípica distinta de la anulabilidad (aunque a esta, a veces, se la designe como nulidad relativa) esencialmente porque la anulabilidad no es una forma de invalidez de pleno derecho (exige el ejercicio de la acción de anulabilidad y la sentencia es constitutiva), mientras que el contrato nulo de pleno derecho (ya sea absoluto o relativo) nunca produce los efectos jurídicos que le son propios: es absolutamente inválido desde su celebración (siendo la sentencia que constata la nulidad meramente declarativa de la misma). En la nulidad relativa de pleno derecho el negocio es nulo *ipso iure* desde la celebración (aunque sea conveniente y necesario el ejercicio de la acción para terminar con la situación de hecho generada) mientras que en la anulabilidad el negocio, se-

anulable porque en la anulabilidad clásica provocada el negocio nace eficaz, pero con una eficacia claudicante hasta que recaiga la sentencia constitutiva de anulabilidad. Y dicho modo de operar de la anulabilidad provocada dejaría desprotegido, muchas veces con perjuicios irreversibles, el patrimonio del menor durante el intervalo en que esté pendiente la impugnación. Por ello, consideramos que se ajusta mejor a esta invalidez la cualidad de pleno derecho: el negocio es nulo *ipso iure* desde la celebración, aunque sea conveniente, e incluso necesario, el ejercicio de la acción para terminar con la situación de hecho generada.

En segundo lugar, hemos afirmado que es una invalidez susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad), pero no de ratificación ni de confirmación. La ratificación del art. 1259 CC no parece aplicable, a pesar de afirmarlo así la doctrina mayoritaria, porque la ratificación permite a la otra parte del contrato revocar su consentimiento mientras que la ratificación no recaiga lo cual no parece admisible en los supuestos del art. 166 CC¹³⁹⁰. Y la confirmación tampoco porque se aplica solo a los contratos anulables. Y, sin embargo, se admite pacíficamente que los hijos al llegar a la mayor edad puedan hacer válido (convalidar), mediante actos expresos o tácitos, el contrato nulo e incluso que la autorización judicial pueda otorgarse excepcionalmente con posterioridad a la venta. Para estos casos se ajusta mejor la figura señalada por PASQUAU LIAÑO de la convalidación voluntaria del contrato radicalmente nulo, figura escasamente estudiada por la doctrina e inviable para la concepción bipartita de las nulidades¹³⁹¹. Dicha convalidación voluntaria no pretende alterar la naturaleza nula del contrato ni suprimir la causa de nulidad que, como perteneciente al supuesto fáctico, no es removible, sino que sencillamente es una renuncia a la acción de nulidad o, en otras palabras, una declaración de voluntad realizada por la que la persona a cuyo favor se estableció la invalidez por la que acuerda que, a pesar de la causa de nulidad, el contrato despliegue sus efectos como si fuera válido¹³⁹². La convalidación del contrato nulo chirría en una concepción bipartita de las nulidades que deduce de la calificación de nulidad de pleno derecho el carácter de inconvalidable y, por tanto, considera una *contradictio in terminis* el contrato nulo convalidable, pero es perfectamente admisible en la concepción flexible que se defiende y perfectamente lógica porque es coherente que si la norma del art. 166 CC se establece en exclusivo beneficio del menor se permita a este, y sólo a este, convalidar el contrato mediante la renuncia a la acción de

gún la doctrina mayoritaria, es válido -tiene una eficacia claudicante- mientras no se anule.

1390 Como señala PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad...*, ob. cit. p. 330: «Lo que no acaba de convencerme (para considerar los contratos con infracción del art. 166 CC como contratos nulos ratificables) es la posibilidad de la otra parte contratante de revocar su consentimiento antes de la ratificación».

1391 PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 331. Dicha convalidación voluntaria, puede definirse como «un acto jurídico o una declaración de voluntad tendente a otorgar sobrevenidamente validez al contrato o negocio que adolece de un vicio de nulidad radical» (ibíd. p. 333) y, a diferencia de la confirmación que, en principio, se aplica sólo sobre contratos anulables, se proyecta sobre un contrato nulo, y, por tanto, tiende a hacer válido lo que ya es nulo (ibíd. p. 331).

1392 Ibíd. p. 335. Dicha renuncia (art. 6.2 CC) es válida por cuanto no perjudica a terceros ni contraría el interés o el orden público (el art. 166 CC se estableció en exclusiva protección del menor) y, por ello puede convalidarse sólo por los vendedores no solo porque la invalidez del art. 166 CC se explica exclusivamente como modo de proteger a los menores de la inferioridad en la que concurren al contrato, situación de inferioridad que desaparece al llegar a la mayor edad (ibíd. p. 341), sino también porque si, como sostuvimos, la invalidez del art. 166 CC es una nulidad relativa de pleno derecho en la que sólo están legitimados los hijos para accionar es lógico, como destaca PASQUAU, que solo estén legitimados los hijos para renunciar a la acción de nulidad (así, PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. p. 336). Sobre el estado de la doctrina en torno a la admisión o no de la renuncia de las acciones de nulidad puede verse BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 48 n. 17 con cita de doctrina a favor y en contra de dicha posibilidad de renunciar.

nulidad¹³⁹³.

En tercer y último lugar, la invalidez del art. 166 CC debe ajustarse a las garantías del proceso civil y a los principios de rogación, aportación de parte, interdicción de la indefensión etc. Esto conduce, frente a lo que hubiera supuesto una aplicación en bloque de la doctrina dual de la nulidad (que considera la nulidad de pleno derecho apreciable de oficio, oponible por excepción...), a la conclusión de que la invalidez del art. 166 CC, por exigencias del principio de contradicción y de prohibición constitucional de la indefensión, no es apreciable de oficio, ya que debe permitirse al comprador discutir en juicio, al menos, sobre la convalidación. En efecto, en los supuestos del art. 166 CC, a la vista del carácter disponible de la causa de invalidez (puesto que los menores, ya mayores, pueden convalidarla) no parece lógico que el Juez pueda apreciarla de oficio. Por ello, ante una eventual demanda del comprador exigiendo el cumplimiento del contrato si el demandado, ya mayor, no exceptiona o reconviene se entiende que tácitamente convalida la ausencia de autorización.

3.1.3.1.1.6 El menor emancipado.

Dispone el art. 247 CC (ant. art. 323.1 CC): «*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial*».

Señala, con razón, la doctrina que no se puede establecer una regla general y específica de capacidad para determinadas personas porque «*se puede exigir una capacidad para el vendedor distinta de la del comprador*»¹³⁹⁴. Ello ocurre señaladamente en la compraventa de inmuebles porque, aunque escasamente tratado en la doctrina, es necesario trazar una clara línea diferenciadora en cuanto a la capacidad para vender y la capacidad para comprar bienes inmuebles por el menor emancipado.

A La capacidad del menor emancipado para vender bienes inmuebles.

El menor emancipado precisa consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, de su defensor judicial (antes de la Ley 8/2021 del curador) para «*gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor*» (art. 247 CC, ant. art. 323.1 CC). Por ello, el menor emancipado requiere para celebrar el contrato principal de compraventa en el que actúe como vendedor el consentimiento de los padres y, a falta de ambos, del defensor judicial independientemente de que el inmueble sea de escaso valor, lo cual es criticable *de lege ferenda*, pero indudable *de lege lata*. Por excepción, si el emancipado está casado puede enajenar inmuebles comunes, con el consentimiento del otro cónyuge si este es mayor de edad; si también es menor, necesitará, además, el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro (art. 248 CC, ant. art. 324 CC).

B La capacidad del menor emancipado para comprar bienes inmuebles.

No existe limitación para que el menor emancipado intervenga como comprador en un

¹³⁹³Con razón señalaba PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad...*, ob. cit. pp. 218-219 que su «*concepción flexible de las nulidades*» abría «*un vastísimo campo para la investigación en el campo científico*» que permita precisar «*los principios reglas y exigencias que deben mediar en la concreción de su variable régimen jurídico*».

¹³⁹⁴VAZQUEZ BARROS, S.: *El negocio jurídico...*, ob. cit. p.115.

contrato de compraventa inmobiliaria puesto que lo único que restringe el art. 247 CC es enajenar el dominio¹³⁹⁵. Por tanto, en teoría, debería admitirse la capacidad de dicho menor emancipado para comprar inmuebles y, aplicando la teoría del acto complejo que contiene la RDGRN de 7/7/1998 ya analizada, para gravarlos¹³⁹⁶. No obstante, personalmente considero que, por idénticos argumentos interpretativos que ya expuse al defender que la expresión «*objetos preciosos*» del art. 166 CC debería interpretarse en un sentido amplio si ello implica disponer de una importante suma de dinero, también la expresión «*objetos de extraordinario valor*» del art. 247 CC debería incluir el precio de la compraventa de inmuebles, y exigirse en consecuencia el complemento de capacidad para disponer de una importante suma de dinero cuando esta sea especialmente relevante.

C Sanción para los contratos celebrados por el menor emancipado sin el complemento de capacidad cuando este sea necesario.

La determinación del régimen de invalidez de los actos celebrados por los emancipados sin la asistencia de las personas que la ley establece para los casos determinados en el art. 247 CC ha dado lugar históricamente a dos teorías minoritarias (la de la nulidad absoluta y la de la ineficacia relativa) y una teoría abrumadoramente mayoritaria: la de la anulabilidad. Aunque con base en el art. 293 CC [en su redacción anterior a su modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio] la doctrina y jurisprudencia han entendido que la sanción es indudablemente la anulabilidad, conviene, no obstante, hacer referencia a las otras dos teorías por su valor histórico:

C1) Teoría de la nulidad. Con valor más histórico que actual sostenía la nulidad absoluta ya por entender que el consentimiento del art. 247 CC (ant. art. 323 CC) se identifica con el exigido por el art. 1261 CC por lo que si este no se prestaba en la forma que aquel artículo disponía podía equipararse a la ausencia de consentimiento (y, por tanto, en virtud del art. 1261 CC no habría contrato) ya por entender que cuando los emancipados realizan un acto del art. 247 CC sin el complemento de capacidad exigido están realizando un acto contrario a norma imperativa y, por tanto, eran nulos de pleno derecho (art. 6.3 CC) puesto que, con anterioridad a la reforma del art. 293 CC por Ley de 1983, no se establecía un efecto distinto para el caso de contravención. Si bien esta tesis fue defendida por alguna sentencia antiquísima del TS¹³⁹⁷ y por alguna RDGRN¹³⁹⁸ ha sido criticada unánimemente porque, como resume PEREZ DE CASTRO, en primer lugar, la protección de los menores se articulaba históricamente mediante la *restitutio in integrum* de donde procede la anulabilidad; en segundo lugar, porque la nulidad absoluta impide la confirmación aunque el negocio fuera ventajoso para el emancipado lo que es incoherente con una limitación -la del 247 CC (ant. art. 323 CC)- que tiene por finalidad la protección del emancipado frente a su inexperiencia; en tercer lugar, porque el art. 1301 CC expresamente prevé el régimen de la anulabilidad para los menores y el emancipado es un menor; en cuarto lugar, porque sería ilógico castigar con una sanción más intensa los actos realizados por un emancipado que los realizados por un menor no emancipado; y, por último y quinto lugar, porque los supuestos contenidos en el 247 CC (ant. art. 323 CC) no se

1395PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor...*, ob. cit. p. 237.

1396A *fortiori*, podría invocarse en favor de dicha tesis que el art. 2. II LO 1/96 impone interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, entre los que están los emancipados, y que ex art. 1457 CC: «*Podrán celebrar el contrato de compra y venta todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse...*».

1397STS de 17/12/1918 Jur. Civ. núm. 210, pp. 1062-1063.

1398RDGRN de 5/7/1907 (Jurisprudencia civil. T. 108. n.º 11) y en ROCA SASTRE, R.M./MOLINA JUYOL, J.: *Jurisprudencia Registral. T. IV. Años 1906-1916*. Ed. Bosch. Barcelona. 1953, pp. 238-240.

configuran como una norma imperativa o prohibitiva, sino como una limitación de la capacidad del emancipado establecida en su provecho y protección¹³⁹⁹.

C2) Teoría de la ineficacia relativa. Considera que el emancipado no es un menor ni un incapaz porque precisamente el Código le reconoce un amplio margen de actuación y una equiparación con el mayor¹⁴⁰⁰. En consecuencia, el emancipado es persona capaz y cuando actúa sin el asentimiento necesario se está excediendo dentro del ámbito de su capacidad por lo que se aplica por analogía el régimen del art. 1259 CC. Y la sanción que se deriva, por tanto, no es la nulidad absoluta sino una ineficacia relativa porque el art. 1259 CC permite la ratificación. La principal crítica a esta tesis es la misma que se predicaba a quienes pretenden aplicar el art. 1259 CC al menor no emancipado y es que el art. 1259 CC no ampara los intereses de los menores -en este caso emancipados- ya que permite a la otra parte contratante revocar su consentimiento antes de que se ratifique por el representado.

En todo caso, con base en el art. 293 CC (en su redacción anterior a la reforma del CC por Ley 8/2021) la doctrina y jurisprudencia se ha mostrado unánime en aplicar a los actos de menor emancipado el régimen de anulabilidad que pasamos a exponer:

C3) Teoría de la anulabilidad. El art. 293 CC (en su redacción anterior a la reforma del CC por Ley 8/2021) establecía que: «*Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts 1.301 y siguientes de este Código*». Por tanto, la sanción a los actos celebrados por el emancipado sin el complemento de capacidad cuando este sea necesario era la anulabilidad por disponerlo así el art. 293 CC. Pero ya con anterioridad a la derogada redacción del art. 293 era abrumadoramente mayoritaria la doctrina que defendía tal solución con base en los siguientes argumentos: que los emancipados no podían identificarse con el mayor de edad teniendo la consideración de menores aunque con una más amplia capacidad de obrar que estos por lo que era ilógico establecer una sanción más dura para los actos realizados por los emancipados que para los realizados por los menores no emancipados; que si las limitaciones del art. 323 CC (actual art. 247) se establecen en provecho y protección del emancipado carece de sentido privarle de la posibilidad de confirmarlo si le es provechoso y, por último, que el consentimiento que deben prestar los progenitores o el defensor judicial (antes el curador) no es el consentimiento negocial sino una declaración unilateral de voluntad de conformidad o no con el negocio que realiza el emancipado que es quien realmente presta el verdadero consentimiento por lo que no puede considerarse que falte un elemento esencial del contrato del art. 1261 CC que pudiera arrastrar la nulidad o inexistencia del contrato¹⁴⁰¹. Tras la Ley 8/2021 considero que inequívocamente la sanción debe seguir siendo la anulabilidad porque las razones expuestas siguen siendo aplicables actualmente a los actos del emancipado realizados sin la intervención del progenitor o defensor judicial cuando esta sea necesaria.

3.1.3.1.1.7 Las personas mayores de edad con discapacidad.

Tras la Ley 8/2021 ya no existe como tal la declaración de incapacidad que ha sido sustituida por la fijación de medidas judiciales de apoyo¹⁴⁰². En la nueva Ley 8/21, dice

1399PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor...*, ob. cit. pp. 270 y 271.

1400PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de derecho civil*, T. I, vol. 1, *Parte general: sujeto y objeto de derecho*. Barcelona, 1979, pp. 365-367.

1401Sobre estos argumentos y algún otro cfr. PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor...*, ob. cit. p. 272.

1402STS 19/10/2021 (TOL8.628.066).

la STS 19/10/2021 (TOL8.628.066), *«se proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros), lo que es plenamente coherente con lo normado en el art. 3 a) del Convenio de Nueva York [sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13-12-2006], al establecer que los principios de la presente Convención serán: "a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"»*. La nueva ley 8/2021, de 2 de junio modifica, así, el CC en un intento como dice su EM (aptdo III) de sentar las bases de un nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad¹⁴⁰³.

Los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos de la persona mayor de edad con discapacidad serían, según la STS 08/09/2021¹⁴⁰⁴, los siguientes: en primer lugar, la reforma ha limitado la tutela a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199)¹⁴⁰⁵ por lo que con relación a las personas mayores con discapacidad y a los menores emancipados actualmente se concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado que estas precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Dicha curatela puede llegar a tener un contenido muy amplio desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales, siendo el juez quien determine este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas; en segundo lugar, la finalidad de estas medidas de apoyo es *«permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad»* y han de estar *«inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»*; en tercer lugar, las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; en cuarto lugar, no es necesario ya ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y en quinto y último lugar, la provisión judicial de apoyos *«debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»*

La curatela es, tras la Ley 8/2021, una medida formal de apoyo que se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado y cuya extensión viene determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (art. 250 CC). Solo se acordará la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 pfo 1) y dicha curatela sólo excepcionalmente (y únicamente cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad) conllevará funciones representativas debiendo precisarse en la resolución judicial, en tales supuesto excepcionales, los actos concretos a los que se extiende dicha representación (art. 269 pfo 3). Por lo tanto habrá que distinguir dos supuestos:

A1) Regla general: que la resolución judicial que acuerde las medidas de apoyo nombre, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad, un curador sin facultades representativas. En tal caso, el juez determinará los actos para los que la

¹⁴⁰³En el mismo sentido, STS 06/05/2021 (TOL8.431.634).

¹⁴⁰⁴STS 08/09/2021 (TOL8.585.229).

¹⁴⁰⁵Así todo, el nuevo art. 224 CC prevé la aplicación supletoria a la tutela de las normas de la curatela.

persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (art. 269 pfo 3 CC). Por tanto, en tales casos, para resolver cualquier cuestión relativa al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, y entre ellas las cuestiones relativas a los requisitos para enajenar a título oneroso inmuebles, habrá que atender a los términos de la concreta resolución judicial que se dicte.

A2) Regla excepcional: Que la resolución judicial que acuerde las medidas de apoyo nombre, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad, un curador con facultades representativas. En ese caso, dispone art. 287. 2 CC con relación al curador (aunque dicha norma se aplica supletoriamente también a la tutela, art. 224 CC) que: *«El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción (...)*». Por tanto, el curador con funciones de representación de la persona mayor de edad discapacitada precisa autorización del juez para vender un bien inmueble de esta, pero también, a diferencia del art. 247 (ant. art. 323 CC), para comprarlo toda vez que la compraventa de inmuebles implica celebrar un contrato dispositivo (se dispone del precio) susceptible de inscripción (la finca adquirida) y, por tanto, está incluido en el ámbito del art. 287.2 CC. Entendemos que es la interpretación que mejor protege a la persona con discapacidad en un acto de la trascendencia de la adquisición de un inmueble en consonancia con la respuesta idéntica dada para el caso del art. 166 CC. En cuanto a qué debe considerarse bien inmueble a los efectos del art. 287.2 CC valen los argumentos expuestos con relación al art. 247 (ant. art. 323 CC)

Por otro lado, con relación a los contratos celebrados por el tutor o curador con funciones de representación sin la autorización judicial que exige el actual art. 287. 2 (ant. art 271 CC)¹⁴⁰⁶ cabe reproducir la misma discusión que vimos con relación a los contratos celebrados por los padres con infracción del art. 166 CC¹⁴⁰⁷. Allí me remito. Así, la STS de 8-7-2010 (TOL1.954.246) señalará que la doctrina contenida en la STS 22/04/2010 se aplicará también a los supuestos de actuación del tutor sin autorización judicial *«porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad*». Entendemos que dicha doctrina es aplicable también a la actual configuración del curador con funciones de representación del

¹⁴⁰⁶En cuanto a los contratos «no» incluidos en el listado del art. 287 CC, el art. 1291 CC considera rescindibles (es decir, estructuralmente válidos pero ineficaces) los contratos celebrados por los tutores o los curadores con facultades de representación sin autorización judicial cuando el representado sufra lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

¹⁴⁰⁷Así, como señala PARRA LUCÁN (en «Comentario al art. 271-273 del Código civil» en *Comentarios...* T. II, ob. cit. pp. 2432 y ss.) la doctrina y jurisprudencia venían defendiendo con distintos criterios la aplicación a los actos celebrados por el tutor sin la preceptiva autorización judicial del régimen de la nulidad absoluta, la anulabilidad o bien la consideración del acto como válido pero incompleto pero la nulidad planteaba el problema de que, entonces, la legitimación debería ser absoluta y la acción imprescriptible y la anulabilidad planteaba la duda de quién está legitimado para ejercitar la acción (en principio, no puede privarse de legitimación al representante, pero tampoco a los menores o incapacitados, durante 4 años desde que salieren de esta situación). En general, entiende PARRA LUCÁN era preferible considerar que, en estos casos, el contrato es válido (vinculante y obligatorio entre las partes) pero que no produce sus efectos normales, en especial en cuanto título para la transmisión del dominio.

discapacitado mayor de edad y del tutor del menor emancipado en situación de desamparo o no sujeto a la patria potestad realizada por Ley 8/2021 porque las razones que subyacen son las mismas. En todo caso, en mi opinión, ninguna de las soluciones que recurren a las figuras típicas de invalidez dan una respuesta satisfactoria a este supuesto por lo que considero que, en estos casos, sería preferible una invalidez relativa y atípica superadora de los moldes rígidos de la nulidad y la anulabilidad y análoga a la defendida para los contratos con infracción del art. 166 CC¹⁴⁰⁸.

A3) Persona con discapacidad respecto de la cual no se haya recaído ninguna resolución judicial. En cuanto al tipo de invalidez del contrato celebrado por las personas mayores con discapacidad respecto de la cual no se hayan acordado medidas judiciales de apoyo y a la cual no se le ha nombrado curador pueden reproducirse las teorías que, antes de la reforma realizada por la Ley 8/2021, se formularon con relación a los incapaces no incapacitados. Así, cabría hablar de las siguientes teorías:

A) Teoría mayoritaria de la nulidad absoluta. Considera que, en dichos casos, falta el consentimiento y, por tanto, no hay contrato (art. 1261 CC)¹⁴⁰⁹. Así, señala la STS 04/04/1984 (TOL1.738.409), desde una visual inequívocamente bipartita, que el negocio será «*radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma*». Los partidarios de la teoría de la nulidad critican la teoría de la anulabilidad porque dicha teoría, dice DE CASTRO, «*tiene el peligro de que, cuando se descubra lo hecho, haya pasado el plazo de impugnación y de no poder ser ejercitada por los terceros perjudicados*». Además, se señala, que si el *dies a quo* del art. 1301 CC se cuenta desde que el incapaz recobra la lucidez surgen complicados problemas de prueba y, en el fondo, de seguridad jurídica¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁸En parecido sentido y en una posición igualmente superadora de la tesis bipartita considera PARRA LUCAN que «*el mayor interés de la categoría de la ineficacia es precisamente el de evitar la aplicación de los moldes rígidos de la nulidad y la anulabilidad como si no hubiera otros, cuando en realidad no dan respuesta suficiente, mientras que probablemente la proporciona una aplicación matizada de la ineficacia atendiendo a los intereses típicos de cada caso*» (en PARRA LUCÁN, M.A.: «Comentario al art.271-273 del Código civil», ob. cit. pp. 2432-2433).

¹⁴⁰⁹En la doctrina han defendido esta tesis de la nulidad absoluta, entre otros, ALBALADEJO, M.: *Curso... IV*. [8ª ed., 1997] pp. 456 y ss.; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 281; JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. p. 21 y sobre todo pp. 311-312; TORRALBA SORIANO, O.V.: «La llamada incapacidad natural» en *Libro-homenaje...* T. I. ob. cit. pp. 569 y ss. En la jurisprudencia han defendido esta tesis de la nulidad absoluta, entre otras, la STS 27/3/1963 (dicha resolución considera nulo por inexistencia el contrato celebrado por una oligofrénica no incapacitada judicialmente que tenía la capacidad mental de una niña menor de 10 años lo cual fue criticado por DIEZ PICAZO porque, señala este autor, no se entiende por qué el régimen de dichos contratos ha de ser distinto del de los contratos del menor a cuyo nivel intelectual se equipara el oligofrénico, en DIEZ PICAZO, L.: *Estudios... vol. I*, p. 70); la STS 10/11/1969 (TOL4.288.338); la STS 4/4/1984 (TOL1.738.409; sentencia comentada por DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Sentencia de 4 de abril de 1984...» en *CCJC* n° 5, 1984, pp. 1569-1580 en especial 1573 y ss.); la STS 01/02/1986 (TOL1.734.471, sentencia comentada por GORDILLO CAÑAS, A.: «Sentencia de 1 de febrero de 1986» en *CCJC* n° 10, enero-marzo 1986, pp. 3405-3413) y la STS 19/11/2004 (TOL514.302).

¹⁴¹⁰Una de las críticas principales a la tesis de la anulabilidad son los inconvenientes que presenta en orden al plazo de caducidad. Entiende TORRALBA que siendo el mismo loco el que tendrá que promover su ejercicio es muy probable, dada su situación, que ni siquiera se percate de la necesidad de hacerlo y puede suceder que la acción caduque si se sostiene que el plazo ha de contarse desde la consumación del contrato. Y si el plazo se cuenta desde que el loco recobra la lucidez también se plantearían graves problemas prácticos de prueba y de seguridad jurídica: de prueba porque habría que probar su locura al celebrar el contrato, y su lucidez en un momento preciso a partir del cual habría que empezar a contar el plazo de caducidad de los 4 años (TORRALBA SORIANO, O.V.: «La llamada incapacidad...», ob. cit. pp. 573 y ss.; también del mismo autor: «La incapacidad contractual», en *Estudio...*, ob. cit. pp. 708-710); y de seguridad jurídica porque si el loco no recobra la razón durante 50 años durante ese periodo, más los 4 años de caducidad, ese contrato estaría en situación claudicante.

Esta teoría de la nulidad absoluta fue mantenida, entre otros, por PUIG FERRIOL no sólo porque consideraba que era la solución más adecuada para la protección de los intereses del incapaz, sino también porque la misma permite resolver el problema del cómputo inicial del plazo de 4 años del art. 1.301 CC¹⁴¹¹, pero, en contra, señalan DELGADO y PARRA que dicha tesis de la nulidad absoluta «*es una solución ortopédica a las deficiencias del texto legal*»¹⁴¹² proponiendo dichos autores la teoría de la anulabilidad que pasamos a exponer.

B) Teoría de la anulabilidad Teoría minoritaria en la doctrina tiene una argumentación muy sólida que pasamos a resumir¹⁴¹³. En primer lugar, señalaba DELGADO ECHEVERRÍA que, cuando el CC regulaba la incapacitación (como decimos dicha institución ya no existe tras la reforma del CC realizada por Ley 8/2021, de 2 de junio), era difícil justificar por qué los contratos celebrados por el incapaz incapacitado eran anulables mientras que los del incapaz no incapacitado eran nulos de pleno derecho¹⁴¹⁴. Además, añade DÍEZ PICAZO, «*preconizar una nulidad de carácter absoluto significa permitir que el contrato pueda ser atacado por la otra parte contratante, para lo que no hay argumentos jurídicos de peso*»¹⁴¹⁵. Y es que si el espíritu y finalidad que subyace e inspira nuestro ordenamiento en esta materia es la protección del incapaz no parece razonable aplicar una forma de invalidez, como es la nulidad absoluta, que permite a cualquier persona interesada instar la nulidad de un contrato que acaso sea muy beneficioso para el incapaz siendo más razonable el régimen de la anulabilidad provocada que permitirá limitar la legitimación activa sólo al incapaz o a su representante. Además, sostienen DELGADO y PARRA que el término «*incapacitado*» del art. 1301 CC no debe interpretarse en sentido estricto argumentando que no se nos ocurriría limitar dicho artículo, a pesar de su tenor literal, a los menores que salen de tutela (porque también se aplica a los menores que salen de la patria potestad) o, antiguamente, a los incapacitados que salen de tutela (porque también se aplicaba a los que salen de curatela)¹⁴¹⁶. Asimismo, entiende GOMEZ LAPLAZA, que, en rigor, la nulidad absoluta solo sería aplicable si hubiera existido falta total del consentimiento, pero no

1411 PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de derecho civil*, T. I, Vol. I, 2ª parte. Barcelona, 1979, pp. 550-52.

1412 DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 141.

1413 Así todo, han defendido esta tesis de la anulabilidad, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 141-143; también en DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Sentencia de 4 de abril de 1984...» en *CCJC* 5, abril-agosto 1984, pp. 1576-1578; DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...I*. ob. cit. p. 146; del mismo autor, *Estudios...*, ob. cit. p. 70; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Ed.: Bosch. Barcelona. 1992, pp.190-197; GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil» en *Comentarios Edersa*, T. XVII, Vol. 1º B: (1993), pp. 186 y ss. exponiendo su posición especialmente en pp. 198 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Ed. Tecnos. Madrid 1986, pp. 252 y ss. y pp. 265 ss.; del mismo autor, «Violencia viciante...», ob. cit. pp. 250-251; del mismo autor, *Capacidad...*, ob. cit. p. 265; del mismo autor, «Sentencia de 1 de febrero de 1986», ob. cit. p. 3412; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. *Elementos...*, T. I, vol. II. [3ª ed. 2002], p. 122; PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol.1. Ed. Bosch, 3ª ed. Barcelona. 1988, p. 46. Matizadamente acepta la teoría de la anulabilidad DE SALAS MURILLO. S.: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan» en *RDP año 2007*, enero-febrero, p. 64 y, así, entiende que, si bien debe reconocerse al incapaz la posibilidad de anular el contrato con todas sus consecuencias, no obstante, estas deben moderarse por el juez si el otro contratante actuó de buena fe.

1414 DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. p. 141. En el mismo sentido de criticar la dualidad de regímenes de ineficacia DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos...*, ob. cit. p. 146; GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad...*, ob. cit. pp. 252 y ss. sobre todo pp. 269 y 270.

1415 DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...I*. ob. cit. p. 146.

1416 DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCAN M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 141-142.

si este existía, pero sin la lucidez suficiente siendo improbable que se dé el primer supuesto porque, al menos, hará falta un mínimo de aptitud para expresar formalmente el consentimiento¹⁴¹⁷. Por último, sostienen los defensores de la teoría de la anulabilidad, que los vicios del consentimiento del 1265 CC no son un *numerus clausus* pudiendo entenderse comprendidos dentro de los mismos los trastornos transitorios¹⁴¹⁸. GORDILLO CAÑAS, en esta línea de pensamiento, considera que los contratos celebrados por un incapaz con absoluta incapacidad natural de querer y entender son inexistentes (en lo relativo al supuesto de hecho), pero dicha inexistencia racional debe encauzarse a través del régimen jurídico de la anulabilidad (régimen que concreta las consecuencias jurídicas)¹⁴¹⁹.

A favor de la tesis de la anulabilidad en los casos de defectos que no impliquen falta absoluta de consentimiento (es decir, en los supuestos de déficit leve o moderado de capacidad) pueden invocarse asimismo, por último cuatro argumentos: **Primero**, un argumento *a fortiori* porque el Derecho no puede dar una respuesta idéntica (nulidad absoluta) a dos supuestos absolutamente distintos como son la absoluta falta de consentimiento por un lado (que es a la que se refiere el art. 1261.1 CC) y la ligera o moderada merma de capacidad por otro. El Derecho debe graduar, matizar y aplicar al primer caso las sanción de invalidez más grave que contiene nuestro ordenamiento (la nulidad absoluta) y al segundo la sanción de invalidez menos grave que representa la anulabilidad y que permite su sanación en beneficio del incapaz. El Derecho no puede juzgar con brocha gorda sino que debe con pincel aplicar una solución distinta a supuestos tan dispares. **Segundo**, un argumento analógico (argumento *a simili*) con otras personas que tienen limitada su capacidad de obrar (los menores) porque de igual manera que podría llegar a ser anulable un negocio celebrado por un menor con un defecto leve de capacidad de obrar (p. ej. determinados negocios jurídicos celebrados por una persona de 17 años y que no puedan ampararse en el nuevo art. 1263 CC) y absolutamente nulo el negocio celebrado por un menor con un defecto grave de capacidad de obrar (p. ej. negocio celebrado por un niño de 3 años), debe ser anulable el contrato celebrado por un incapaz que tenga un defecto leve o moderado de capacidad de obrar y absolutamente nulo el contrato celebrado por un incapaz que tenga un defecto grave de capacidad de obrar (p. ej. el negocio otorgado por un oligofrénico profundo).

1417 GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil». pp. 200 y 201. El mismo argumento puede encontrarse en DE SALAS MURILLO. S.: «La opción...», ob. cit. p. 48 quien, al exponer las diversas tesis sobre la nulidad o anulabilidad de los actos celebrados por el incapaz natural, indica que los partidarios de la tesis de la anulabilidad sostendrán que: «*si efectivamente, se acreditara una ausencia total de consentimiento por tratarse de un incapaz natural oligofrénico profundo, o en terminología castiza, de un loco de atar, sí que cabría hablar de nulidad absoluta. Pero si ése no es el caso —y no lo será en la inmensa mayoría de las ocasiones— el régimen apto sería el de la anulabilidad.*». En parecido sentido, ALONSO PEREZ, M. en su traducción y anotación del libro de PIETROBON, VITTORINO: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Ed. RDP. Madrid. 1971, pp. 421-422 considera que las perturbaciones mentales, permanentes o transitorias, originan la nulidad del negocio celebrado durante ellas siempre que excluyan la conciencia o la voluntad (locura, sonambulismo, hipnosis, etc.), mientras que la simple merma de facultades mentales dándose cuenta el incapacitado, aunque imperfectamente, del acto realizado acarrearía la anulabilidad del negocio porque supondría un consentimiento viciado e imperfectamente formado pero, al fin y al cabo, un consentimiento.

1418 Sostiene igualmente, con cita de la STS 29-1-1983, que la anulabilidad no puede reducirse a los vicios enumerados en el art. 1265 CC GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. pp. 936 y 982.

1419 GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. pp. 250-251; del mismo autor, *Capacidad...*, ob. cit. p. 265; del mismo autor, «Sentencia de 1 de febrero de 1986», ob. cit. p. 3412. Añade este autor que el régimen de la nulidad absoluta no se adapta al supuesto fáctico de los actos del enfermo no incapacitado no sólo desde la inspiración y funcionalidad de la nulidad y su inadecuación a este caso sino también desde la inconsistencia de las razones por las que se la propugna y desde los inconvenientes de su aplicación (GORDILLO CAÑAS, A.: *Capacidad...*, ob. cit. p. 252).

Tercero, que la jurisprudencia exige para calificar un negocio nulo por falta de capacidad -al menos en el negocio mortis causa- que «*la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos*»[así, p.ej. STS 27/06/2005 -TOL674.276-; STS 27/01/1998 -TOL5.114.844-; STS 12/05/1998 -TOL5.156.876-; STS 27/01/1998 -TOL7.285]. **Cuarto**, que el art. 1263 CC ya no dice, como hacía antes de la reforma de 2021, que no puedan prestar consentimiento los que tienen su capacidad modificada judicialmente, sino que ahora se limita a decir que: «*los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*». La exclusión de dicho artículo de la persona con discapacidad es significativa y coherente con la reforma del CC realizada por la Ley 8/2021 que «*proclama la autonomía de la persona con discapacidad, con el reconocimiento expreso de que el nuevo sistema se basa en el respeto a su voluntad, preferencias y deseos (arts. 249, 250, 268, 270, 276 y 282 CC entre otros)*» (STS 19/10/2021, TOL8.628.066). Y sería incongruente el reconocimiento del respeto a la voluntad y deseos del incapaz para, a continuación, declarar nulo de pleno derecho cualquier acto que realice.

En fin, la anulabilidad es la forma de invalidez dirigida a tratar de dar solución a problemas de capacidad y consentimiento viciado, mientras que la nulidad absoluta por inexistencia del consentimiento (art. 1261. CC) se reservaría para los supuestos de ausencia completa de consentimiento (p. ej. el negocio otorgado por un oligofrénico profundo). Por tanto, la solución a los defectos de capacidad que no impliquen falta absoluta de consentimiento debe ser, como en el caso de los vicios de la voluntad, la anulabilidad y solo en casos extremos de ausencia absoluta de consentimiento debe aplicarse la drástica sanción de la nulidad absoluta. Y, en este sentido, a favor de dicha anulabilidad señala la STS de 28-9-2018 (TOL6.820.747) que, con relación a los actos realizados por los incapaces, «*siempre cabe la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte*» (FJ 2-3)¹⁴²⁰. Evidentemente el TS, conocedor profundo de la distinción entre ambas formas de invalidez (entre la nulidad absoluta y la anulabilidad-), emplea con precisión el término de anulabilidad (no nulidad absoluta) y, por otro lado, nuestro Alto Tribunal refuerza que se trata de la sanción de invalidez por anulabilidad y no de invalidez por nulidad absoluta de pleno derecho porque, añade, que dicha acción cabe «a instancia de parte» cuando si hubiera sido absolutamente nulo dicha nulidad, en la concepción bipartita del TS, hubiera sido apreciable incluso de oficio.

C) Teoría intermedia. TORRALBA SORIANO defiende la anulabilidad para contratos celebrados por quienes sufran una incapacidad natural pasajera (embriaguez, sonambulismo, hipnosis etc.) y la nulidad absoluta para los celebrados por persona que tenga una incapacidad natural permanente¹⁴²¹. Y ello porque, en caso de incapacidad transitoria, el incapaz, al recuperar la lucidez puede valorar si el contrato le es perjudicial y ejercitar, en consecuencia, la acción de anulabilidad por lo que parece que, en estos casos, el régimen de la anulabilidad concede una

¹⁴²⁰En el mismo sentido, entre otras, en nuestra jurisprudencia menor SAP de Les Illes Balears Secc. 4ª, de 23/04/2019 [TOL7.294.624]; SAP Barcelona, Secc. 1ª, de 19/12/2019 [TOL7.711.190]; SAP Barcelona, Secc. 4ª, de 27/07/2010 [TOL1.979.431]; SAP Bizkaia, Secc. 3ª, de 30/04/2019 [TOL7.411.586].

¹⁴²¹TORRALBA SORIANO, O.V.: «La llamada...», ob. cit. pp. 572-580. Se adhiere a esta tesis ROME-RO COLOMA, A.Mª.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Ed. Reus. Madrid. 2013, p. 22.

protección suficiente¹⁴²². Por el contrario, si la incapacidad es permanente y se sostuviera la teoría de la anulabilidad, si se acepta que el plazo del art. 1301 CC se inicia al celebrarse el contrato sería muy difícil ejercitarla -porque sería el mismo demente el que debería ejercitarla, pero, dada su situación, es muy probable que ni siquiera se percate de la necesidad de hacerlo- y si se acepta que dicho plazo comienza al recobrar su lucidez el demente surgirían importantes problemas de prueba ya que habría que probar su locura al celebrar el contrato, y su lucidez como *dies a quo* del plazo cuatrienal de caducidad¹⁴²³. Por ello, entiende TORRALBA que, en dichos supuestos de incapacidad natural permanente, procede la nulidad absoluta.

D) Examen crítico y toma de postura. La teoría de la nulidad absoluta impide la ratificación por el incapaz de un negocio beneficioso y permite, a cualquiera que ostente un interés legítimo, instar la nulidad aun en perjuicio del incapaz. La teoría de la anulabilidad atenta contra la seguridad jurídica en los casos en los que el incapaz no recobre la capacidad en un plazo razonable porque existirá una situación claudicante durante un excesivo periodo de tiempo (imaginemos el loco que recobra la razón pasados 50 años desde el contrato) amen de presentar los problemas de prueba a los que aludía TORRALBA SORIANO. Las teorías intermedias tampoco son convincentes porque, en muchas ocasiones, se desconoce si la incapacidad es transitoria o definitiva. La solución en este caso es, de nuevo, huir de la concepción bipartita de las nulidades y configurar, en atención a los intereses en juego y a la regulación legal, una invalidez atípica relativa, de pleno derecho, susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad) prescribible y que debe ajustarse a las garantías del proceso civil y a los principios de rogación, aportación de parte, interdicción de la indefensión etc. Las razones de dichos caracteres son los ya expuestos con relación a los contratos celebrados por los padres con vulneración del art. 166 CC por lo que nos remitimos allí para su estudio¹⁴²⁴.

3.1.3.1.1.8. El concursado.

La respuesta a si el concursado puede vender bienes inmuebles dependerá del régimen de intervención o sustitución que, de acuerdo con el art 28.3 de la LC 2020 aprobada por RDLeg 1/2020, de 5 de mayo (ant. art 21.1.2 LC 2003), debe señalar el auto de declaración de concurso. En el primer caso -régimen de intervención- el concursado podrá celebrar actos de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización (art. 106.1 LC 2020; ant. art. 40 LC 2003); en el segundo de los casos -régimen de sustitución del concursado- la administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa (art. 106.2 LC 2020). Por otro lado, dispone el art. 205 LC 2020 (ant. art. 43.2 LC 2003) que «*hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez*» si bien el art 206 LC 2020 (ant. art. 43.3 LC 2003) excluye de dicha prohibición legal de

1422TORRALBA SORIANO, O.V.: «La llamada...», ob. cit. pp. 578-579.

1423Ibíd. p. 574.

1424DE SALAS MURILLO, S.: «La opción...», ob. cit. p. 56 ya exponía esta posibilidad de configurar una invalidez atípica al recordar como nuestra mejor doctrina en materia de invalidez contractual (DELGADO y PARRA) ya habían sostenido que ni el legislador ni el intérprete están obligados a optar por la nulidad o la anulabilidad. En ausencia de tal obligación se puede pensar, sigue afirmando esta autora, en un régimen mixto de invalidez porque «*no habría plazo para la acción y la legitimación sería amplia, pero no tanto como para permitir que el contratante capaz pueda aprovecharse de la situación e impugnar el acto*».

enajenación determinados actos dispositivos.

En cuanto al régimen de invalidez para los actos celebrados por el concursado con infracción de las limitaciones señaladas para el régimen de intervención o sustitución dispone el actual art. 109 LC 2020 (antiguo art. 40.7 LC de 2003) que el tipo de invalidez será la anulabilidad cuya acción solo podrá ser instada por la administración concursal y siempre que ésta no los hubiese convalidado o confirmado estableciendo dicho precepto un régimen especial de caducidad¹⁴²⁵. Por tanto, como ya indicaba la EM de la LC de 2003: «*se atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, que pasa a ser de anulabilidad*».

3.1.3.1.1.9 El mandatario.

Señala el art. 1713 CC que, para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso. Así, pues, para que el mandatario pueda enajenar un inmueble el mandato debe ser expreso si bien ello no significa que necesariamente conste por escrito ya que el concepto de “*expreso*” equivale a mandato especial y específico para ese acto; no a la exigencia de una determinada forma de exteriorización de la voluntad¹⁴²⁶.

Sobre el régimen de ineficacia del contrato realizado por mandatario sin poder de representación suficiente para ese acto se han vertido diversas teorías que siguiendo a RIVERO HERNANDEZ sistematizamos del siguiente modo:

A) Teoría de la anulabilidad. Como señala RIVERO HERNÁNDEZ es esta la más antigua de las teorías que han pretendido explicar el negocio celebrado por el *falsus procurator* si bien apenas tiene hoy seguidores¹⁴²⁷. Así todo, recientemente parece haber reaparecido dicha tesis en la jurisprudencia del TS y así, p.ej., la STS de 10/6/2002 considera que el contrato realizado a nombre de otro sin su autorización o representación es anulable porque no cabe calificarlo de «*radicalmente nulo, ya que la posibilidad de su eficacia ex post merced a la ratificación es una consecuencia propia de la anulabilidad, pues jamás nulidad radical puede sanarse*»¹⁴²⁸. No obstante, el argumento sostenido en dicha STS de 10/6/2002 es criticable porque la convalidación del negocio anulable es una facultad del contratante que padeció la falta de capacidad o el vicio, pero no de un tercero ajeno a dicha relación jurídica, como tiene lugar en el supuesto del art. 1259 CC que con la ratificación hace suyos los efectos de un negocio concluido en su nombre¹⁴²⁹. Además, dicha sentencia confunde ratificación y confirmación cuando, como ya demostró RIVERO HERNANDEZ, son conceptos

1425 Por eso, CARRASCO PERERA prefiere hablar de que el derogado art. 40.7 LC 2003 (actual art. 109 LC 2020) contiene una «*hipótesis especial de anulabilidad*» porque aplica al concursado que celebra un acto no permitido por el régimen de intervención o suspensión de facultades «*dos rasgos específicos de la anulabilidad (legitimación restringida a los administradores concursales y posibilidad de confirmar), aunque prescinde de aplicar el plazo de caducidad del art. 1301 CC*» (en CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. p. 98).

1426 Señala la SAP Barcelona, Sec. 4ª, de 15/02/2011 (TOL 2.133.028) que: «*cuando el mandato se refiere a actos de disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 1710 en relación con el art. 1713.2 CC, es necesario que sea expreso, pero en modo alguno se requiere que conste por escrito (STS de 26/11/1970 y de 7/9/1987); el mandato expreso no requiere forma especial, pudiendo darse incluso de palabra (STS de 19/6/1979 y de 3/11/1997, entre otras)*».

1427 RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1069.

1428 STS de 10/06/2002 (TOL202.894). En parecido sentido STS de 12/06/1997 (TOL215.015).

1429 DIÉGUEZ OLIVA. R.: «*Quod nullum est, nullum effectum producit? La sanción de nulidad del art. 1259 CC*» en *Nul [Recurso electrónico]: estudios sobre invalidez e ineficacia*.

antagónicos¹⁴³⁰; diferencia entre ambos conceptos ya reconocida por nuestro TS desde la importante STS de 14 de diciembre 1940¹⁴³¹.

B) Teoría de la nulidad absoluta. Teoría surgida, dice RIVERO, como reacción frente a la teoría de la anulabilidad¹⁴³² afirma que el negocio realizado en nombre de otro sin que éste le haya conferido poder, o excediéndose del poder conferido es nulo ya por considerar que el *falsus procurator* carece de legitimación¹⁴³³ ya por entender que falta de un elemento esencial del negocio cual es el consentimiento¹⁴³⁴. La principal crítica que desde posiciones bipartitas se ha realizado a la teoría de la inexistencia y nulidad consiste en que, si el contrato fuera inexistente o radicalmente nulo, no sería posible la ratificación, porque nadie puede hacer suyos los efectos de

1430RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1071 donde destaca las diferencias entre negocio anulable y ratificable que, por su relevancia y claridad, merece transcribirse: *«El negocio anulable nace completo desde su celebración, no le falta ningún elemento, produce todos sus efectos desde que surge a la vista jurídica como cualquiera otro. Está afecto, sin embargo, de un vicio, de un defecto de origen (es un negocio enfermo, podría decirse) que hecho valer por persona legitimada para ello, puede dar lugar a la anulación del negocio, con lo que éste dejará de producir a partir de entonces los efectos propios del mismo, normales hasta tal anulación. El vicio puede, además, ser sanado, y confirmado el negocio anulable, pero sólo es confirmable por la misma parte, por el mismo contratante en quien radicaba el vicio que afectaba al contrato: la confirmación supone una renuncia a la anulación del negocio y sus efectos, y a partir de entonces deviene inimpugnable (por esa causa, claro) y perfecto, mas no más o diversamente eficaz de lo que era antes de la confirmación. Bien distinto es el negocio del falsus procurator. Este nace imperfecto, a falta de algo imprescindible: la voluntad o consentimiento del dominus; no puede producir efecto alguno antes de la ratificación: ni para el falsus procurator; que no es parte negocial, ni para el dominus, en cuya esfera jurídica se ha entrometido aquel sin su autorización. La ratificación es obra de persona distinta de quienes habían intervenido con anterioridad en ese negocio, a diferencia de lo que ocurre en la confirmación (obra de uno de los contratantes, de aquel, precisamente, de quien provenía el vicio). El negocio del falsus procurator no se sana por el mero transcurso del tiempo, a diferencia del anulable, respecto del que la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un plazo determinado, y la inactividad (prescripción sanatoria) comporta confirmación. El contrato anulable, en suma, es inicial y provisionalmente válido, eficaz hasta su anulación; el ratificable es ineficaz antes de la ratificación, y sólo después de ésta deviene eficaz y completo o perfecto, a falta como estaba del consentimiento de uno de los contratantes o parte verdadera del negocio (que lo es el dominus, y no el falsus procurator, en ello no hay duda). El contrato ratificable no existe cumplida y realmente hasta la ratificación, y el anulable, en cambio, existe hasta la anulación, la cual deja de ser posible con la confirmación. El contrato anulable tiene una validez provisional, mientras que el del falsus procurator tiene una posibilidad de validez que no entraña validez provisional. Si este segundo fuera anulable, para que no le afectara precisaría el dominus ejercitar la acción de nulidad, y en realidad no ocurren las cosas así, pues el dominus nada tiene que hacer para eludirlo, y le basta con no ratificar para que el negocio hecho en su nombre y sin poder suyo suficiente no le afecte».*

1431RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1072. Dicha sentencia señala que no cabe confundir la ratificación del art. 1259 o 1727.1.2 CC con la confirmación del contrato anulable porque esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación otorga plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial (el consentimiento del principal o representante), pero que puede aparecer "a posteriori".

1432RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1126 y 1127.

1433En este sentido, PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 218 que señalan que el negocio es nulo porque, dicen: *«el otorgante carece de legitimación: no tiene facultades sobre el objeto del negocio»*. Pero, en contra de dicha afirmación, señala RIVERO que es muy dudoso que el problema del *falsus procurator* pueda reconducirse a un caso de falta de legitimación, y que ésta, en ese caso, sea un elemento intrínseco del negocio cuya falta deba implicar necesariamente su nulidad y ello, añade RIVERO, porque la legitimación en el orden sustantivo-negocial es una categoría no homogénea, que en unos casos da lugar a nulidad, en otros a anulabilidad y en otros a mera resolución, y sobre todo, que los problemas de representación o de ausencia de ella no se identifican con los de legitimación, ya que la representación no es sino una variedad o especial situación de legitimación para contratar (en RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1076 -1077).

1434En la doctrina tal es la teoría de DE MARTINI cit. por RIVERO HERNANDEZ («Naturaleza...», ob. cit. p. 1075). También, en este sentido, numerosas sentencias del TS se han mostrado a favor de la nulidad por inexistencia por ausencia de un elemento esencial del negocio cual es el consentimiento (ci-

algo que no existe. La teoría de la nulidad absoluta fue fuertemente criticada por HERNANDEZ GIL al señalar que las notas de insubsanabilidad y ausencia de efectos negociales del contrato nulo contrasta «con la posibilidad de validez y eficacia inherente en todo momento a los contratos de los arts 1.259 y 1.727 y a su efectiva validez y eficacia, una vez que se produzca la ratificación. Esta no sólo determina que a partir de ella exista el contrato y que entonces se reputa que ha existido desde el principio (efectos retroactivos), sino que, además, determina que ya antes, aun desconociendo si se producirá la ratificación, haya de reconocérsele un principio de existencia»¹⁴³⁵. Además, como dice RIVERO HERNANDEZ, el principio «*quod nullum est, nullum producit effectum*», es aplicable al negocio nulo en sentido estricto, pero no al celebrado por el *falsus procurator*. Y, por último, se ha dicho, si se califica como inexistente sería imposible que la ratificación «pueda dar vida y existencia a algo que antes era nada, "nullum"»¹⁴³⁶.

C) Teoría de la eficacia sometida a condición. Considera el contrato celebrado por el *falsus procurator* como un negocio completo, perfecto en cuanto tal, si bien sometido su eficacia, no su validez, a condición suspensiva de ulterior ratificación por el *dominus*; ratificación que actuará como una condición, y más exactamente una «*conditio iuris*», en cuanto exigencia legal para la producción de los efectos contractuales no establecida por los los contratantes. Sostenido en la doctrina germánica por Laband y Zimmermann¹⁴³⁷ y más limitadamente en la italiana¹⁴³⁸ ha recibido una fuerte crítica en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, en el negocio del *falsus procurator* falta el consentimiento del *dominus* por lo que no puede ser completo y perfecto un negocio en el que falta la voluntad de una de las partes negociales. La ratificación, expresión de ese consentimiento, no puede ser un elemento accesorio de aquel negocio, equiparable a una condición: no es requisito de eficacia, sino requisito de existencia del negocio. El negocio condicional lleva incorporada ya la voluntad de las partes, y sólo su eficacia se halla condicionada, más ello ya está previsto por la propia voluntad negocial, completa en cuanto a ese elemento. Así, el negocio del *falsus procurator* antes de la ratificación se halla en una situación especial: no es inválido, pero su defecto afecta a la estructura esencial del negocio; no es perfecto, o completo, porque le falta algo que no es externo, sino intrínsecamente constitutivo, la voluntad y, sin embargo, tal defecto sólo acarrea ineficacia, pero no invalidez; se parece al negocio condicional, pero no lo es¹⁴³⁹. Y en segundo lugar, la crítica principal a esta teoría radica en que no cabe considerar perfecto y completo como negocio el del falso representante porque la ratificación no es una condición propia ni impropia («*conditio iuris*») ya que la condición incide sobre negocio acabado estructuralmente y es algo externo al mismo; afecta sólo a la eficacia, no al consentimiento. «El negocio condicionado -añade RIVERO- es válido desde que se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición; lo pendiente de ésta es sólo la eficacia. Sin embargo, al negocio antes de la ratificación le falta el consentimiento de una de las partes[...]; es consentimiento, voluntad contractual nada menos, lo que le falta antes de ser ratificado.... No tiene, por tanto, ni siquiera validez provisional como el anulable [...].

tadas por DIÉGUEZ OLIVA. R.: «Quod nullum...», ob. cit.). Vide la crítica a dicha teoría en RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1077.

1435HERNÁNDEZ GIL, A.: «Comentario a la sent. TS 29 enero 1945», en *RGLJ*, 1945, pp. 616 617 cit. por RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1073.

1436RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1073.

1437Vide más ampliamente sobre la doctrina de estos dos autores y otros (Karlowa, Oertmann...) que han defendido con matices esta tesis RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1078 y ss.

1438Ibid. pp. 1085 y ss.

1439Ibid. pp. 1082-1083.

*Nuestro negocio antes de la ratificación será lo que se quiera, menos perfecto. Su ineficacia le viene precisamente de ser imperfecto, inacabado»*¹⁴⁴⁰.

En nuestra doctrina la mayor parte de los civilistas, caracterizan el contrato del *falsus procurator* por su falta de eficacia: es fundamentalmente negocio ineficaz; a veces, no siempre, se dice poco más de él: ineficacia suspendida, inoponibilidad, y se le distingue sucintamente del negocio nulo y del anulable. Pero, como dice RIVERO, decir que es ineficaz es cierto, pero es decir muy poco porque es fijarse en las consecuencias (la falta de eficacia), pero sin explicar por qué es ineficaz el negocio del *falsus procurator*¹⁴⁴¹.

D) Teoría de la oferta. Reconduce el problema del *falsus procurator* al tema de la conclusión del negocio entre ausentes: el tercero, al tratar con el *falsus procurator*, simplemente transmite por medio de éste una oferta contractual al *dominus* siendo la ratificación, por este último, de lo realizado por el representante sin poder la aceptación de aquella oferta¹⁴⁴². Por ello, como explica RIVERO, según los partidarios de esta teoría «*mientras llega la aceptación (ratificación) ningún vínculo jurídico hay entre las partes, como no la hay en la fase de oferta y aceptación del contrato normal, porque hasta que llega el concurso de voluntades oferta-aceptación no hay propiamente contrato*»¹⁴⁴³. La STS 29-4-1904 parece adoptar esta tesis de la oferta¹⁴⁴⁴.

RIVERO HERNANDEZ, con cita de numerosa doctrina extranjera, critica la teoría de la oferta porque la misma reduce la función del *falsus procurator* a simple *nuncius* del tercero (aquel debe transmitir la oferta de este al *dominus*) invirtiendo las posiciones jurídicas de los tres sujetos afectados por el negocio (representante, representado y tercero) de modo que el *falsus procurator* pasa a ser un *nuncius* del tercero en lugar de actuar, como pretendía, en nombre del y para el *dominus*; y el tercero se convierte así en una especie de representado, y el *dominus*, a quien se hace la oferta, en una especie de tercero¹⁴⁴⁵. Además, como señala este autor, la teoría de la oferta deja reducido el negocio al estadio de simple oferta, sin ninguna vinculación (pues si es sólo oferta, a nada vincula) cuando es innegable que aunque lo que ha llevado a cabo el *falsus procurator* y tercero aun no sea un auténtico negocio es inequívocamente algo más que una oferta porque ya «*están perfilados, discutidos, concertados tras un proceso formal al menos de oferta-aceptación (entre pseudorrepresentante y tercero) las posiciones subjetivas, el objeto, la causa, el contenido efectual, y a veces hay hasta una forma solemne que ha plasmado todo lo anterior, amén de ciertos efectos menores y cierta vinculación*»¹⁴⁴⁶.

E) Teoría de la ineficacia peculiar. Señala GORDILLO que el negocio celebrado por el *falsus procurator* es un supuesto de inexistencia racional cuyas consecuencias no pueden encauzarse ni a través del régimen típico de la nulidad ni a través del régimen típico de la anulabilidad sino a través de una «*ineficacia peculiar debida a inexistencia*» por cuanto es «*un régimen específico, no enmarcable en ninguno de los dos generales (no es nulidad ni anulabilidad), y que se ajusta más precisamente a las*

1440Ibíd. pp. 1083 y ss.

1441Ibíd. pp. 1090-1091.

1442Una exposición más amplia de la teoría de la oferta puede verse en RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1092-1096; SANCHEZ CALERO ARRIBA, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 373-374; y DÍEZ PICAZO, L.: *La representación...*, ob. cit. p. 219.

1443RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1093.

1444STS 29/4/1904 cit. por SANCHEZ CALERO ARRIBA, B.: *La intervención...*, ob. cit. p. 373.

1445RIVERO HERNANDEZ, F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1094-1095.

1446Ibíd. pp. 1095-1096.

peculiaridades del supuesto. El contrato de suyo es nulo. Así lo califica; el art. 1259 y así resulta del 1727,2» pero «como estamos en el terreno de lo disponible; una tal ineficacia puede, a conveniencia de las partes, remediarse» mediante la ratificación¹⁴⁴⁷.

F) Teoría del negocio jurídico imperfecto o en vías de formación. Formulada por GRAZIANI¹⁴⁴⁸ ha sido recogida por la doctrina y jurisprudencia italiana mayoritaria¹⁴⁴⁹ así como por un sector relevante de nuestra jurisprudencia¹⁴⁵⁰. En la doctrina española puede considerarse como mayoritaria habiéndose defendido, *obiter dicta*, por DE CASTRO¹⁴⁵¹ y decididamente por RIVERO HERNANDEZ¹⁴⁵² y por muchos otros autores¹⁴⁵³. Dicha teoría considera el negocio celebrado por el *falsus procurator* como una entidad jurídica inacabada, como negocio imperfecto, incompleto, parte de un «*iter*» negocial al que falta todavía el consentimiento del *dominus*, que es, justamente, la ratificación. Dicha ratificación es, pues, y en cuanto expresa la voluntad del representado (el *dominus*), un elemento constitutivo del negocio representativo por lo que señalará GRAZIANI «*el negocio, antes de la ratificación, no es ni negocio perfecto ni nulo, sino un negocio en vía de formación. Se está en presencia de un caso de formación sucesiva del negocio jurídico*»¹⁴⁵⁴. En todo caso, cabría criticar a esta teoría que, aunque sostienen que «*el negocio, antes de la ratificación, no es ni negocio perfecto ni nulo, sino un negocio en vía de formación*», lo cierto es que el tenor del art. 1259 CC dice literalmente que el contrato celebrado por el *falsus procurator* «*será nulo*». Se podrá discutir, dada la imprecisión terminológica del Código, el tipo de nulidad, pero afirmar directamente que no es nulo, aunque la elaboración doctrinal es impecable y *lege ferenda* deseable, contraría el art. 1259 CC. Se trataría, pues, de nuevo de una nulidad atípica¹⁴⁵⁵.

G) Teoría de la ineficacia del contrato del «*falsus procurator*» por defecto de legitimación. Sostiene que el contrato celebrado por el *falsus procurator* adolece de falta de legitimación privada: el *falsus procurator* no se haya legitimado para disponer de cosas y derechos ajenos, por lo que el negocio en que interviene no es eficaz, aunque puede llegar a serlo por un acto de legitimación sucesiva (la ratificación)¹⁴⁵⁶. Para RIVERO HERNANDEZ la principal crítica a esta teoría, de la que no obstante se

1447GORDILLO CAÑAS, A.: «Violencia viciante...», ob. cit. p. 251.

1448RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1096.

1449Vide más detenidamente la influencia de esta teoría en la ciencia y jurisprudencia italiana en RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1098 y ss.

1450Así, p. ej., SAP Madrid [11ª] 23/2/2012 (TOL 2.509.931); SAP Zaragoza [5ª] 24/11/2011 (TOL 2.299.970) y STS 17/11/2010 (TOL 2.003.153) que señala: «*El contrato celebrado por quien no ostenta la representación con la que actúa es un negocio jurídico incompleto cuya efectividad depende de la ratificación por el dueño del negocio jurídico, que puede o no aceptarlo para quedar obligado*».

1451DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 485. De *obiter dicta* califica, aunque con dudas, RIVERO HERNANDEZ la posición de DE CASTRO sobre este tema porque este hace referencia a su solución muy de pasada, de soslayo y sin explicitar las razones que le conducen a la misma (RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1101-1102).

1452RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1103 y 1104.

1453Vide SANCHEZ CALERO, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 374 y ss. sobre los diversos autores que han sostenido dicha tesis que califica de doctrina mayoritaria.

1454RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1097.

1455De régimen de ineficacia atípico lo califica *obiter dicta* expresamente BELLO JANEIRO (en BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 53). También JORDANO FRAGA considerará, si bien de soslayo porque tampoco constituye el objeto principal de su obra, el régimen del *falsus procurator* -junto con el de las nulidades matrimoniales- como regímenes de ineficacia atípica (en JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta...*, ob. cit. pp. 334 y 342). asimismo, GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 962 califica al contrato del *falsus procurator* como un «*supuesto de inexistencia con régimen peculiar y específico de ineficacia*».

1456RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1104.

declara muy próximo, es metodológico o, dicho en otros términos, no es tanto de conclusiones, que en términos generales son aceptables, cuanto de por qué medio se alcanzan las mismas; y ello porque, señala este autor, esta teoría aborda el problema desde la perspectiva y situación jurídica del falso representante que es el centro primario de su atención en lugar de estudiar el contrato en sí, en su esencia y estructura que es lo que debería principalmente preocuparnos y tras cuya naturaleza y situación vamos¹⁴⁵⁷.

H) Teoría de nuestro TS. Señalaba en 1976 RIVERO HERNANDEZ que la doctrina mayoritaria del TS, partiendo de la fundamental STS de 7 de julio de 1944¹⁴⁵⁸, puede sistematizarse de este modo: el TS no considera la ineficacia del art. 1259 CC como un supuesto de nulidad absoluta, en el sentido técnico que deriva del art. 6.3 CC, sino como un supuesto de inexistencia impropia al faltar el consentimiento de una parte. Pero inexistencia en cuanto «*todavía no existencia*» por ser un contrato inacabado al que le falta algo que todavía puede llegar, para lo que aún hay tiempo y conducto hábil; no inexistencia en el sentido técnico y propio de negocio terminado que carece de un elemento esencial (sentido técnico contenido en el art. 1261 CC). En el supuesto del art. 1259 CC hay inexistencia (impropia) pero, al referirse a un contrato inacabado, este todavía puede llegar a existir; en el supuesto del art. 1261 CC hay inexistencia propia y ese contrato ya no puede existir por tratarse de un negocio terminado que carece de un elemento esencial (obviamente, sin perjuicio de que las partes celebren otro contrato con contenido idéntico). La ineficacia del art. 1259 CC es la propia del negocio que no ha llegado todavía a serlo porque le falta un elemento esencial -el consentimiento del *dominus*-, que todavía puede llegar; y este elemento es un requisito legal esencial («*conditio iuris*») a cuya aparición queda subordinada la validez (léase perfección) del contrato. Así, el negocio realizado por el *falsus procurator* antes de la ratificación no es todavía «válido y eficaz», palabras que pueden equivaler a «completo y perfecto»¹⁴⁵⁹.

En conclusión, dice RIVERO, para el TS el contrato del *falsus procurator* antes de la ratificación se halla en una situación especial porque no existe todavía, no está terminado, al faltarle un elemento esencial, el consentimiento de una de las partes, que todavía está a tiempo de incorporarse a este *iter* negocial iniciado; «*es ineficaz en cuanto imperfecto o inacabado, y su eficacia, como su perfección, están subordinados a la llegada del consentimiento que falta, llegado el cual el negocio deviene perfecto, válido, y por tanto, eficaz [...], pero si no llega a tiempo —antes de la revocación por el tercero—, aquello que prometía o aspiraba a ser un contrato (negocio), se ha*

1457Ibíd. pp. 1107-1108.

1458La STS de 7/7/1944 califica el negocio como «*un negocio jurídico en estado de suspensión, subordinado a una conditio iuris de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio a favor y en contra del representado, y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para aquel*». El negocio no padece una nulidad absoluta, dado que la posibilidad de ratificación «*imprime un carácter especial al negocio en el que la ratificación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una «conditio iuris»*» (STS 14/06/1957, TOL4.377.715).

1459Es importante destacar esto, porque cuando nuestra jurisprudencia luego hace referencia a «*negocio en estado de suspensión, subordinado a una «conditio iuris»*», no quiere decir que se adscriba a la teoría de ZIMMERMANN, KARLOWA, OERTMANN y otros ya que, para estos últimos, el negocio es perfecto, completo, aunque ineficaz, condicionada su eficacia al advenimiento de la ratificación («*conditio iuris*»). (RIVERO HERNANDEZ F.: «*Naturaleza...*», ob. cit. p. 1131). En todo caso, si el *dominus* no llega a ratificar el contrato celebrado sin poder por el «*falsus procurator*» considera RIVERO HERNANDEZ, frente a la doctrina mayoritaria que defiende que la responsabilidad del *falsus procurator* es precontractual, que existirá una responsabilidad distinta y autónoma similar a la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC (RIVERO HERNANDEZ, F.: «*Responsabilidad del "falsus procurator" por no ratificación del contrato celebrado sin poder*» en *ADC* 2006-3, pp. 989-1063).

*quedado en nada, no «es», «nullum est», es nulo (inexistente)»*¹⁴⁶⁰. Mientras no se produzca dicha ratificación por el *dominus* el negocio para él será «inoponible», «irrelevante» (no puede exigirse su cumplimiento, esto es, ni soporta ni disfruta de los derechos u obligaciones que el contrato entrañe) y estará incompleto¹⁴⁶¹.

3.1.3.1.1.10 El autocontrato

Señalaba la STS de 12-6-2001 que existe autocontrato «*cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas [...], es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra*»¹⁴⁶². No obstante, con más precisión y amplitud señalará ESTRUCH que «*existe autocontrato cuando una persona con su sola voluntad puede vincular [...] dos o más esferas jurídicas o centros de interés diferentes, que se encuentran en una situación económica de colisión, oposición o enfrentamiento, de tal modo que necesariamente el provecho de uno deba ser a costa o en detrimento del otro*»¹⁴⁶³. Y es que, existe autocontrato, no solo cuando, como dice la STS 12/06/2001, «*una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra*», sino también cuando el mismo representante contrata en nombre de dos o más representados¹⁴⁶⁴ o cuando el representante intervenga en el negocio que celebra en nombre de su representado a través de persona interpuesta (p. ej. a través de mandatario que le representa en ese negocio)¹⁴⁶⁵.

No hay en nuestro derecho positivo una regulación general del autocontrato si bien existen diversos preceptos aislados que se refieren a él tanto en sede de representación legal (arts. 163; 221 y 299.1 CC) como voluntaria (arts. 1459.2 CC y 267 CCom) así como en el ámbito societario (arts. 162 LSC y 220 LSC; art. 28 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)¹⁴⁶⁶. Así todo, la regla general es la prohibición de la autocontratación y, en consecuencia, la ineficacia del negocio que incurra en ella¹⁴⁶⁷, pero existen, por excepción, supuestos en los que debe permitirse la autocontratación pudiendo distinguirse dos ámbitos:

1) Representación voluntaria Los supuestos en los que debe permitirse la autocontratación son más frecuentes en la representación voluntaria que en la legal. Ello se debe, entre otras razones, a que en la representación voluntaria el interés que subyace en la prohibición de la autocontratación es un interés privado, basado en la necesidad de que el representante actúe con lealtad, y a que fue el representado quien propició que el representante pudiera intervenir en el tráfico jurídico afectando a sus intereses. Así, en la representación voluntaria el autocontrato será válido cuando el apoderado esté autorizado por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato¹⁴⁶⁸. En

1460 RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. p. 1133.

1461 ASUA GONZALEZ, C.: «Comentario al artículo 1259 Cc», ob. cit. p. 9049.

1462 STS 12/6/2001 (TOL230.684)

1463 ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. p. 999.

1464 *Ibid.* p. 1001.

1465 *Ibid.* pp. 1009 y ss. Así, lo prevé expresamente el art. 1459.2 CC al decir: «*No podrán adquirir por compra..., por sí ni por persona alguna intermedia.*»

1466 En derecho comparado regula el autocontrato el art. 181 BGB; art. 261 CC portugués; 1394 y 1395 Codice.

1467 ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. p. 1012.

1468 Así RDGRN 28/4/2015 («BOE» 1/6/2015); RDGRN 28/6/2013 («BOE» 1/8/2013); RDGRN 21/6/2013 («BOE» 29/7/2013); RDGRN de 2 y 3/1/2013 («BOE» 7/2/2013); RDGRN 18/12/2012 («BOE» 25/1/2013); RDGRN 22/5/2012 («BOE» 27/6/2012); RDGRN 13/2/2012 («BOE» 8/3/2012) y

cuanto a la forma y contenido de la autorización previa para contratar debe constar claramente, pero no está sujeta a requisitos especiales -puede ser expresa o tácita- por lo que, en principio, no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza¹⁴⁶⁹. En caso de ausencia de previa autorización, y como ha señalado reiteradamente el Órgano directivo registral, «el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó»¹⁴⁷⁰ y si bien dicha ratificación tiene eficacia retroactiva y produce efectos *ex tunc* (art. 1259.2 CC), no podrá perjudicar los derechos de terceros de buena fe adquiridos entre el negocio realizado por el representante y la ratificación posterior¹⁴⁷¹.

2) Representación legal Los supuestos en los que debe permitirse la autocontratación son más excepcionales en la representación legal que en la voluntaria porque, en las disposiciones que prohíben al representante legal actuar cuando hay conflicto de intereses con su representado, no subyace un simple interés privado sino intereses públicos, basados en hondas convicciones sociales y, porque el representado no intervino en la concesión de las facultades representativas al representante. Por otra parte, deben ser más drásticas las consecuencias jurídicas del incumplimiento por el representante de las prohibiciones de incurrir en conflicto de intereses con el representado menor o incapaz.

Clase de invalidez del autocontrato no permitido. Deben distinguirse los supuestos de representación voluntaria y los supuestos de representación legal:

A) Representación voluntaria. Como vimos, al ser posible la posibilidad de ratificar el autocontrato celebrado sin poder previo para autocontratar, en principio cabe descartar en sede de representación voluntaria la sanción de nulidad absoluta de pleno derecho ex art. 6.3 CC del autocontrato realizado sin poder y no ratificado¹⁴⁷², si bien no han faltado doctrina y jurisprudencia minoritaria que se inclinan por dicha sanción de nulidad radical¹⁴⁷³. También se ha criticado la solución de la inexistencia en sentido

RDGRN 18/7/2006 («BOE» 25/8/2006). Vide una relación de supuestos en los que no existe tal conflicto en ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. p. 1017 y 1020.

1469STS de 12/6/2001 (TOL4.974.518); STS 29/11/2001 (TOL130.730). También resaltan dicho principio de libertad de forma de la licencia o dispensa la RDGRN 8/11/2004, («BOE» 28-12-2004); RDGRN 15/6/2004 («BOE» 12-8-2004) y RDGRN 28/4/2015 («BOE» 1-6-2015).

1470RDGRN 28/4/2015 («BOE» 1/6/2015); RDGRN 30/6/2014 («BOE» 29/7/2014); RDGRN 28/6/2013 («BOE» 1/8/2013); RDGRN 2 y 3/1/2013 («BOE» 7/2/2013); RDGRN 22/5/2012 («BOE» 27/6/2012); RDGRN 13/2/2012 («BOE» 8/3/2012). Insisten en la posibilidad de dicha ratificación, entre otras, STS de 12/6/2001 (TOL4.974.518); STS 29/11/2001 (TOL130.730); ATS 26/06/2012 (TOL3.400.474).

1471STS 22/10/1999 (TOL2.559); STS 12/12/1989 (TOL1.731.970).

1472Así, critica la teoría de la nulidad absoluta, entre otras, RODRIGUEZ PINTO porque los arts. 1.459, 2º CC y 267.1 CCom protegen un interés privado (el del principal) y porque la mayoría de la doctrina admite que la autocontratación puede ser confirmada por el interesado. Esto obliga, dice esta autora, a defender para estos negocios, tal y como viene haciendo la jurisprudencia, un tipo de invalidez que sea confirmable por el interesado y esta es la anulabilidad (RODRIGUEZ PINTO, Mª.S.: *Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho Privado Español*. Ed. CORPME. Madrid. 2005, p. 320). Y es que, según esta autora, que sigue una visual bipartita de las nulidades, «la naturaleza dispositiva de estas leyes exige salir del imperio del art.6.3 del CC español. Fuera de él solo resta la disciplina de los artículos 1300 a 1304 y 1307 a 1314» (ibíd. p. 32). Con similares argumentos también se muestra en contra de la sanción de nulidad absoluta, DIAZ DE ENTRE SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*. Ed Tecnos. Madrid. 1990, pp. 164, 165, 178 y 186. En conclusión, la sanción de «nulidad» del contrato en caso de vulneración de la prohibición de autocontratar conduce a resultados insatisfactorios, porque no permite su ratificación posterior y porque el interés que subyace es de naturaleza disponible por lo es más justa la anulación del contrato o la ineficacia del art. 1259.2 CC (ASUA GONZALEZ, C.: «Comentario al artículo 1259 Cc», ob. cit. p. 9046).

1473En la doctrina han defendido la sanción de nulidad absoluta al supuesto del art. 1459.2 CC entre otros MANRESA, J.M. *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, Vol. I, [6ª ed. 1969], pp. 182 y ss.

técnico que se predica de los contratos concluidos sin uno de los requisitos del art. 1261 CC porque no cabe calificar así dicho contrato ya que lo que no existe no puede ser ratificado¹⁴⁷⁴. Caben por tanto dos opciones admisibles: la anulabilidad que es la posición mayoritaria de la doctrina o que se trate de una ineficacia del art. 1259.2 CC:

A1) Teoría de la anulabilidad. Aparte de ser la postura adoptada en derecho comparado (art. 1395 CC italiano y art. 261 del CC portugués) es la posición mayoritaria en nuestra doctrina¹⁴⁷⁵ y tiene argumentos de peso entre los que destacan los siguientes:

a) La naturaleza privada de los intereses protegidos por las normas reguladoras de conflictos de intereses en la representación voluntaria. En estos supuestos de representación voluntaria nos hallamos en la dinámica de la contratación privada donde la regla es la disponibilidad de las normas y la autonomía de la voluntad y en el que el conflicto de intereses es el riesgo de un perjuicio y no una lesión patrimonial necesaria¹⁴⁷⁶. Y desde esa óptica es congruente la jurisprudencia que restringe la legitimación para solicitar la invalidez de autocontrato realizado en conflicto de intereses y sin autorización ni ratificación solo a los interesados¹⁴⁷⁷.

b) Naturaleza dispositiva de las normas reguladoras de los conflictos; i.e. de los artículos 267.1 CCom y 1459.2 CC.

c) La anulabilidad, según un sector doctrinal ya analizado encabezado por GORDILLO, es el régimen general de ineficacia contractual del CC. Además, el principio de conservación del negocio exige la aplicación excepcional de la

cit. por DIAZ DE ENTRE SOTOS FORNS, M. *El autocontrato...*, ob. cit. p. 161 y SANTOS BRIZ, J: *Teoría y Práctica*, IV, p. 50, cit. por GARCIA CANTERO, G.: «Comentarios al art.1459 Cc» en *Comentarios Edersa*. T. XIX n. 82. En la jurisprudencia han defendido la sanción de nulidad absoluta al supuesto del art. 1459.2 CC la STS 10-3-1953 (TOL4.452.793) en tesis recogida por el Dictamen del Consejo de Estado de 12/4/2007 (TOL4.428.843), así como STS 27/05/1959 (TOL4.349.551) y la STS 11/06/1966 (TOL4.305.136).

1474RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 32 y 276.

1475Han defendido la teoría de la anulabilidad, entre otros, DIAZ DE ENTRE SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*, ob. cit. pp. 165 y ss. y 188-190; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: *Conflicto de intereses y comisión mercantil*. Ed. Reus. Madrid. 2009, pp. 227, 228 y 240 para el autocontrato en general y, para la autoentrada en la comisión mercantil, p. 293; RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 32, 276, 320 si bien con alguna excepción (pp. 277-279); SOTO NIETO, F.: «El autocontrato o contrato consigo mismo», en *Derecho vivo. (Jurisprudencia comentada)*. T. II. Ed. Revista de Derecho Judicial. Madrid. 1971, p. 334; TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «La prohibición de autocontratación en la representación legal. Estudio histórico y regulación actual» en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 50, N^o 2, 2002, p. 166.

1476RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 30 y 320.

1477Así, la STS 5-11-1956 (TOL4.379.463). El supuesto enjuiciado es una donación de la nuda propiedad de varios inmuebles realizada por un padre a sus hijos menores en 1932. Quince años después -en 1947- y a «consecuencia de una tirantez de relaciones familiares» el padre demandó a los hijos impugnando la donación por entender que era una donación *mortis causa* y, por tanto, revocable y que para el caso de que se estimara que era una donación *intervivos* se declararse la ineficacia de la aceptación de la donación realizada por los hijos 15 años después de la donación ya que días antes de dicha aceptación el padre ya había modificado la donación. No obstante, el TS rechaza los argumentos del padre y entiende no solo que se trata de una donación *intervivos* pura, perfecta e irrevocable, sino que además la aceptación de la donación se produjo en la escritura de donación -y no 15 años después- ya que en la misma constaba que el padre había intervenido por sí y como representante legal de sus hijos menores y que aquel había aceptado la donación en nombre de sus hijos menores. Y admitido que hubo autocontratación concluye la sentencia señalando que «en el presente caso, si (ni) se dice cuál sea la oposición de intereses entre el padre, recurrente, y los hijos, demandados, ni en qué consiste el perjuicio que, con un acto esencialmente lucrativo como la donación, haya podido inferirse a éstos, que, por otra parte, y alcanzada ya su mayoría de edad, serían los únicos asistidos del derecho de invocarlo».

nulidad de pleno derecho no siendo este uno de esos supuestos excepcionales en los que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*.

d) Por último, señala RODRÍGUEZ PINTO, la sanción de anulabilidad es preferible a la sanción del art. 1259 CC por razones históricas¹⁴⁷⁸, por razones interpretativas dogmáticas -dada, dice dicha autora, la equivalencia funcional de la figura de la ratificación y de la confirmación¹⁴⁷⁹- y porque el art. 1259 CC ofrece una desventaja para el representado con relación a la anulabilidad ya que al ofrecer a la otra parte contratante la posibilidad de revocar el negocio antes de la ratificación se estaría ofreciendo en el autocontrato al representante que contrató consigo mismo la posibilidad de revocar su propio acto antes de la ratificación del *dominus* de modo que el que usó deslealmente la función representativa saldría favorecido con la facultad de revocación que además podría utilizar contra los intereses del principal¹⁴⁸⁰ aparte de que el art. 1259 CC está pensado para la falta o exceso de poder pero no para el abuso de representación no siendo posible identificar ambos supuestos¹⁴⁸¹.

A2) Teoría de la ineficacia del art. 1259 CC. Señala otro importante sector doctrinal y la DGRN que la ineficacia aplicable al autocontrato no permitido debe ser la nulidad del art. 1259.2 CC que, a diferencia de la nulidad del art. 6.3 CC, admite la ratificación por el *dominus* mientras no sea revocado por la otra parte¹⁴⁸². Los principales argumentos de carácter civil¹⁴⁸³ a favor de esta tesis son:

1478 Así esta autora señalará que el art. 1259 CC no tiene su precedente en el Code sino en el art. 980 del Proyecto de 1851 cuyo contexto era el del efecto relativo de los contratos, su terminología es funcionalmente equivalente a la de otros preceptos (en la terminología del Proyecto y del CC el concepto de ratificación es, a juicio de esta autora, funcionalmente equivalente al de confirmación) y su ámbito operativo es más amplio que el de la representación voluntaria (*ibíd.* pp. 32-33).

1479 Señala esta autora que en la terminología del Proyecto y del CC el concepto de ratificación es funcionalmente equivalente al de confirmación. Posteriormente la ratificación aparece como una forma de convalidación de un negocio nulo mientras que la confirmación como la subsanación posterior de los defectos de un negocio anulable, pero ambas figuras funcionalmente son equivalentes (*ibíd.* p. 34).

1480 *Ibíd.* pp. 34 y 35.

1481 DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*, ob. cit. p. 187. Señala esta autora que, a su juicio, el poder de autocontratar está contenido naturalmente en el poder de representación lo que se demuestra por el hecho de que se prohíba en casos particulares (principio *inclusio unius, exclusio alterius*), pero si el representante autocontrata y causa un efectivo perjuicio al representado con efectiva colisión de intereses lo que hay es una actuación, más que extralimitada, abusiva (*ibíd.* pp. 180-181). Y si bien para la extra limitación del poder se prevé la aplicación del art. 1259.2 CC no hay norma específicamente aplicable al abuso de apoderamientos (*ibíd.* pp. 182-183) entendiéndola, aunque no exenta de dificultades, la sanción de anulabilidad. Así, aunque parte de la ciencia entienda que los supuestos de anulabilidad son *numerus clausus* ella considera, con cita de DELGADO ECHEVERRÍA, que, aun reconociendo cierto carácter excepcional a la anulabilidad, será posible aplicarla a supuestos que guarden semejanza con los supuestos del art. 1301 CC sobre todo cuando se trata de proteger a una persona determinada titular *ex lege* de la acción (*ibíd.* pp. 188-189).

1482 En la doctrina han defendido esta tesis de la ineficacia del art. 1259.2 CC, entre otros, ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. pp. 1036 y ss.; ROCA SASTRE, R.M y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios... T. I*, p. 213; ALBALADEJO, M.: «La representación», *ADC 1958-3*, p. 802 porque, dice este autor, pudiendo autorizarse el autocontrato, celebrarlo sin autorización, sería como realizar un negocio sin poder; porque se busca evitar el perjuicio que la contraposición de intereses puede producir, pero que en el caso concreto puede no haberse producido, y porque el juicio sobre si le conviene o no asumir el negocio, se defiende al *dominus*; DE CASTRO, F.: *Temas de Derecho civil*. Ed. Marisal. Madrid. 1972, p. 117; Díez Pícazo, L.: *La representación...*, ob. cit. pp. 213-214. Por su parte, en la jurisprudencia registral, la RDGRN de 17/11/2000 y la RDGRN de 1/6/1999 consideran aplicable el art. 1259 CC a los supuestos de autocontratación no permitida, considerando que el negocio celebrado es ratificable.

1483 ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. p. 1038 apunta también argumentos fiscales como es que el negocio anulable, dado que despliega todos sus efectos mientras no recaiga la declaración judicial de nulidad, devenga desde su perfección el ITPAJD pese a que el representado nunca había autorizado el negocio jurídico (arts. 2.1 y 49.1 del T.R. de la Ley del ITPAJD) (*ibíd.* p. 1038). Por contra, si

a) El autocontrato no permitido no es susceptible de confirmación sino de ratificación. La anulabilidad se prevé en nuestro ordenamiento como sanción de ineficacia cuando concurren los requisitos esenciales previstos en el artículo 1261 CC, pero adolecen de «*alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*» (art. 1300 CC). A pesar de que, como vimos, RODRIGUEZ PINTO¹⁴⁸⁴ consideraba que confirmación y ratificación son figuras funcionalmente equivalentes, en realidad, como ya demostró RIVERO HERNANDEZ, dichos conceptos son antagónicos¹⁴⁸⁵ entre otras razones porque el negocio anulable, produce todos sus efectos desde el instante de su perfección y obliga al *dominus* (que nunca autorizó a autocontratar) a impugnar ya que, en caso contrario, su silencio durante el plazo de caducidad sanaría el vicio, mientras que, en el negocio ineficaz ex art. 1259 CC no es necesario impugnar la validez del negocio (que aún no ha nacido) para que no perjudique al *dominus*.

b) Si se aplica el art. 1259 CC el *dominus* no tiene que tomar ninguna iniciativa para destruir la eficacia del negocio respecto de él. La tesis de la anulabilidad es criticable porque el negocio anulable, produce todos sus efectos desde su perfección y obliga al *dominus*, que nunca autorizó a autocontratar, a impugnar ya que, en otro caso, su silencio durante el plazo de caducidad sanaría el vicio. Aplicar al autocontrato el régimen de la anulabilidad obliga al representado, si no quiere que el negocio quede confirmado por transcurso del tiempo, a interponer la demanda de anulación y ofrece la desventaja añadida de que el mismo despliega todos sus efectos entre las partes hasta que recaiga la sentencia y ello a pesar de que *dominus* no autorizó al *falsus procurator* a autocontratar¹⁴⁸⁶.

c) La teoría de la anulabilidad plantea problemas sobre el *dies a quo* del plazo de 4 años porque, como dice ESTRUCH, cabría plantearse si dicho plazo debería empezar a correr desde la perfección o consumación del negocio, desde que lo conoció el representado, desde que cesó la representación...¹⁴⁸⁷. Además, añade, la tesis de la anulabilidad mantendría durante un periodo de tiempo que podría ser excesivo una situación de incertidumbre jurídica.

B) Representación legal. Cuando la autocontratación no permitida se produce en el ámbito de la representación legal según la doctrina mayoritaria la sanción adecuada debe ser la nulidad absoluta ex art. 6.3 CC por infracción de normas imperativas indisponibles que se han establecido en consideración de un interés de orden público¹⁴⁸⁸ y, añade ESTRUCH, por tener una causa ilícita. Como señalaba DIEZ

fuera de aplicación el art. 1259 CC, no se devengaría el ITPAJD sino cuando, y sólo sí, el *dominus* ratificara el negocio celebrado en su nombre (ibid. 1040). En el negocio anulable se estaría obligando al *dominus* a actuar para hacer cesar algo que nunca consintió; en el negocio ineficaz ex art. 1259 CC no.

1484RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 34 y 35.

1485RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza...», ob. cit. pp. 1048-1136 y 1071 donde destaca las diferencias entre la ratificación y la confirmación, diferencias que ya analizamos antes.

1486Este argumento que ESTRUCH ESTRUCH utiliza como argumento a favor de la ineficacia del art. 1259 es usado por DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*, ob. cit. p. 190 precisamente para lo contrario; es decir como argumento en favor de la anulabilidad afirmando que: «*en la ineficacia relativa, [la del art. 1259.2 CC] el dominus no tiene que tomar ninguna iniciativa para destruir la eficacia del negocio respecto de él, bastándole con no ratificar. En la anulabilidad, por el contrario, el negocio valdrá a menos que el principal asuma la iniciativa de la impugnación. A mí me parece que esto es, precisamente, lo más adecuado, si se tiene en cuenta que la legitimación del representante ha sido creada por obra del mismo principal, y es razonable que, por ello, le incumba la carga, si así conviene a su interés, de poner en marcha los efectos de aquélla*».

1487ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. p. 1038;

1488ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. pp. 1041-1043; TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «La

PICAZO, los actos realizados por el padre en estas circunstancias son nulos, porque entre la protección de los hijos menores y la protección de los terceros, la jurisprudencia se ha inclinado, y debe seguir inclinándose, por los hijos menores ya que en esos casos «*no hay representación y el acto es un acto realizado por quien no es representante*»¹⁴⁸⁹.

En posición minoritaria, RODRIGUEZ PINTO defiende la sanción de anulabilidad a los supuestos de los arts. 162.2, 163¹⁴⁹⁰. La razón a favor de la sanción de anulabilidad es permitir a los menores hacer suyo el beneficio de las gestiones representativas de sus representantes legales, aunque exista conflicto de intereses¹⁴⁹¹.

Propuesta de solución. A mi juicio desde los estrictos límites de la teoría bipartita de las nulidades es imposible dar una solución satisfactoria al régimen de invalidez del autocontrato. Ni la teoría de la nulidad absoluta de pleno derecho ni la teoría de la anulabilidad ni la teoría de la ineficacia del art. 1259.2 CC son admisibles por las críticas expuestas en las líneas precedentes. Por ello, debe optarse por una nulidad atípica; una nulidad relativa¹⁴⁹²-, de pleno derecho, prescribible y convalidable a instancia del *dominus*. Las razones de dichos caracteres son los ya expuestos con relación a los contratos celebrados por los padres con vulneración del 166 CC por lo que nos remitimos allí para su estudio.

3.1.3.1.11 El ausente.

Señala el art. 186.1 CC, en redacción dada por la LJV, que los representantes legítimos del declarado ausente comprendidos en los números 1º, 2º y 3º del art. 184 CC (es decir, cónyuge, hijo mayor de edad y ascendiente) y, de acuerdo con el art. 186.2 CC, los comprendidos en el art. 184.4 CC (hermanos) disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente. Por tanto, de acuerdo con el art. 186.3 CC no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el LAJ, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida. En consecuencia, y por tratarse de un acto de disposición, los representantes legítimos del ausente no podrán vender un bien inmueble (sí comprarlo siendo dudoso, como ya vimos en el caso del menor *in potestate* sí podrían realizar una compra con préstamo hipotecario para financiar tal adquisición).

Por otro lado, los representantes dativos del ausente (persona solvente de buenos antecedentes nombrado por el LAJ una vez oído el Ministerio Fiscal en defecto de representantes legítimos, art. 184 *i.f.* CC) están sujetos a las reglas que regulan la tutela (art. 185 *i.f.* CC) por lo que me remito a lo que ya manifesté con relación a la misma.

prohibición...», ob. cit. pp. 161, 163 y 166. DIAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M (*El autocontrato*, ob. cit.) reconoce que tal es la solución de *lege lata* para los supuestos del art. 163 CC (ibíd. p. 169) aunque pudiera haber otra solución de *lege ferenda* (ibíd. p. 169).

1489DÍEZ-PICAZO, L.: «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *ADC* 1982- I, p. 17.

1490RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 277-279.

1491RODRIGUEZ PINTO, M^a.S.: *Autocontratación...*, ob. cit. pp. 275-276. En contra, señala TOMAS MARTINEZ que «*este criterio amén de inseguro y favorecedor de la discrecionalidad judicial, resultaría contrario a los principios que rigen la guarda de menores e incapacitados*» (TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «La prohibición...», ob. cit. p. 167).

1492Y, desde esa óptica, es congruente la jurisprudencia que restringe la legitimación para solicitar la invalidez de autocontrato realizados en conflicto de intereses y sin autorización ni ratificación solo a los interesados. Así, la STS 5-11-1956 (TOL4.379.463) ya analizada.

Sanción a la venta realizada con infracción del art. 186 CC. Se han propuesto las siguientes teorías sobre la invalidez de la venta realizada con infracción del art. 186 CC:

A) Teoría de la nulidad absoluta. Admite dos versiones: la tesis de la nulidad ex art 6.4 CC y la tesis de la nulidad por inexistente. La primera ha sido defendido por gran parte de la doctrina ya por entender que existe identidad con lo prevenido en el art. 166 CC sobre venta de los hijos menores que la jurisprudencia clásica, hasta 2010, conceptuaba como de nulidad de pleno derecho¹⁴⁹³, ya por entender que se vulnera una norma imperativa¹⁴⁹⁴. La segunda considera que hay «*inexistencia del acto por falta de consentimiento [...] inexistencia que en numerosas ocasiones se identifica con nulidad absoluta, tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia*»¹⁴⁹⁵.

No obstante, la teoría de la nulidad no es satisfactoria en ninguna de sus formas porque el principio de conservación del negocio avala la aplicación excepcional de la nulidad de pleno derecho no siendo este uno de esos supuestos excepcionales en los que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*. Así, dado que el interés protegido no es de orden público sino el interés particular del ausente¹⁴⁹⁶ (o, en su caso, el de sus herederos), ha de admitirse que éste pueda disponer del mismo dando por bueno o impugnando lo irregularmente realizado por su representante¹⁴⁹⁷.

B) Teoría de la anulabilidad Ha sido defendido por SERRANO SERRANO¹⁴⁹⁸ y SERRANO ALONSO¹⁴⁹⁹ y sostiene, con diversos matices, la anulabilidad de la venta realizada con infracción del art. 186 CC.

C) Teoría de la ineficacia del art. 1259.2 CC. Dicha tesis ha sido defendida por DIEZ GARCIA¹⁵⁰⁰. Actualmente según el TS, como vimos, la invalidez del art. 166 CC es una nulidad del art. 1259.2 CC y no una nulidad del art. 6.4 CC. Por tanto, los

1493 Utilizan este argumento, entre otros, OGAYAR AYLLON, T. y LETE DEL RIO J.M.: «Comentarios al artículo 186 Cc» *Comentarios Edersa T. IV*. [2ª ed.]; DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «Comentario al art. 186 del CC» en *Código... Vol. I*. ob. cit., p. 960; MEDINA ALCOZ, M.: «La desaparición de la persona y la declaración de ausencia» en *Tratado... T. III. Vol. I.*, p. 215.

1494 Utilizan este argumento, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario al art. 186 CC» en *Comentario...*, T. I, p. 609; HUALDE SÁNCHEZ, J.: «Comentarios a los artículos 181 a 198 CC» en *Comentarios al Código civil: t. II, v.2*. Ed. Bosch. Barcelona. 2000, p. 1639; PÉREZ DE CASTRO, N.: «Artículo 186» en *Comentarios...*, ob. cit. p. 382; MEDINA ALCOZ, M.: «La desaparición...», ob. cit. p. 215; CARRERAS MARAÑA, J.M.: «Comentario al artículo 186 CC en Código Civil», *Código civil... T. I*, p. 845.

1495 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...*, 7ª ed., ob. cit. p. 294. En el mismo sentido, CARRERAS MARAÑA, J.M.: «Comentario...», ob. cit. p. 845.

1496 DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 513 sostenía que el fin de la ausencia legal es la protección de los intereses del ausente.

1497 DIEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art. 186 del Código civil» en *Comentarios...*, T. II, ob. cit. pp. 1983-1985.

1498 Señala SERRANO SERRANO, I.: *La ausencia en el Derecho Español*. Ed. RDP. Madrid. 1943, p. 182 que si el representante es un hijo o ascendiente del ausente se trata de una anulabilidad por idéntica razón que los actos realizados por el tutor sin las formalidades legales o los realizados por menores de edad por sí mismos no son nulos, sino anulables (en el mismo sentido, pp. 229-230) pudiendo entablar la acción el ausente si vuelve, sus herederos si muere y, en todo caso, el representante (ibíd. p. 182) sin que quepa, por tanto, aplicar el principio *nemo auditur turpitudinem suam allegans* porque es obligación del representante defender los intereses del ausente y sin perjuicio del derecho de la otra parte a dirigirse personalmente contra el representante y de la posible remoción del cargo (ibíd. p. 229). Las mismas personas que pueden instar la acción de nulidad pueden instar la acción de rescisión conforme al art. 1291.2 CC debiendo tener en cuenta el carácter subsidiario de la misma (ibíd. pp. 230 - 231).

1499 SERRANO ALONSO, E.: «Comentario del artículo 186 del Código Civil», *Comentario*, T. 2, p. 516.

1500 DIEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art. 186 del Código civil», ob. cit. pp. 1983-1985.

argumentos de los autores que señalaban que en las ventas realizadas por el representante del ausente sin autorización judicial debía aplicarse la solución que daba antiguamente la jurisprudencia al art. 166 CC (que la consideraba una nulidad de pleno derecho ex art. 6.4 CC) deberían jugar a favor de considerarla ahora como una nulidad del art. 1259.2 CC y, por tanto, ratificable. También debería jugar a favor de la ineficacia del art. 1259.2 CC que los actos dispositivos realizados por los representantes dativos se rigen por las reglas de la tutela¹⁵⁰¹ (aunque tras la Ley 8/2021 dicha remisión, entiendo, debe entenderse hecha a la curatela) cuyo art. 287.2 prohíbe enajenar inmuebles sin autorización judicial habiendo señalado el TS que la sanción a dicha infracción es la nulidad del art. 1259 CC -ratificables mientras no se revoquen- y no la nulidad del art. 6.4 CC -insubsanable.

Crítica a la teoría de la ineficacia del art. 1259 CC y de la anulabilidad. El problema de aplicar la invalidez del art. 1259.2 CC es que permite al tercero que contrató con el representante del ausente revocar, quizá por largo periodo de tiempo y con grave perjuicio de la seguridad jurídica, el negocio que quedaría incompleto y pendiente del consentimiento (ratificación) del *dominus*. Por otro lado, la teoría de la anulabilidad plantea problemas similares a los ya indicados al tratar de aplicar dicha forma de invalidez al autocontrato y dicha crítica consiste principalmente en que, si se aplica la sanción de la anulabilidad, el negocio anulable producirá todos sus efectos desde su perfección y obligaría al *dominus*, que nunca autorizó a contratar, a impugnar ya que, en otro caso, su silencio durante el plazo de caducidad sanaría el vicio; obligaría al *dominus*, si no quiere que el negocio quede confirmado por transcurso del tiempo, a interponer la demanda de anulación. Por eso, a la vista de dichas críticas, entiendo que la solución, en este caso, es huir de la concepción bipartita de las nulidades y configurar una nulidad atípica relativa¹⁵⁰² de pleno derecho susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad), prescribible y que debe ajustarse a las garantías del proceso civil y a los principios de rogación, aportación de parte, interdicción de la indefensión etc. Igualmente, dado que se protege un interés particular -el del ausente o su heredero- no debería poderse apreciar de oficio. Las razones de dichos caracteres son los ya expuestos con relación a los contratos celebrados por los padres con vulneración del art. 166 CC por lo que nos remitimos allí para su estudio.

3.1.3.1.12 La persona jurídica. La enajenación de bienes inmuebles por las sociedades de capital.

Señala el art. 38 CC que: «*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*». En todo caso, el contrato de compraventa debe celebrarse por quien ostente el poder de representación de la persona

¹⁵⁰¹Señala SERRANO SERRANO, I.: *La ausencia...*, ob. cit. p. 195 que el CC no se refiere al representante dativo cuando exige autorización judicial para enajenar en caso de necesidad o utilidad evidente declarada judicialmente. Pero sería absurdo que los representantes que, según ley, tienen más libertad de movimientos en la representación estuvieran más sujetos en este punto que los representantes dativos, y, efectivamente, vemos que están sometidos al mismo régimen de autorización judicial por aplicación de los preceptos de la tutela (actualmente curatela). En todo caso, entiendo que dado que la jurisprudencia actual acepta que los contratos del art. 287.2 (ant. art. 271.2 CC) realizados sin autorización son nulos ex art. 1259.2 CC ello constituye un argumento para que igual régimen de ineficacia se aplique al contrato del representante dativo (ex art. 185 *i.f.* CC) y, dado que los intereses en juego son idénticos, por analogía al representante legal del ausente.

¹⁵⁰²El interés protegido, como hemos visto, es el particular del ausente (o, en su caso, el de sus herederos) y no de orden público por lo que sólo a él debe concedérsele la acción de invalidez y debe admitirse la posibilidad de que éste pudiera convalidar lo irregularmente realizado por su representante.

jurídica, órgano que varía según se trate de una sociedad de capital¹⁵⁰³, una cooperativa¹⁵⁰⁴, una fundación¹⁵⁰⁵ o una asociación¹⁵⁰⁶.

La enajenación de bienes inmuebles por las sociedades de capital.

Por su importancia y frecuencia creo conveniente referirme con algo de detalle a la enajenación de bienes inmuebles por las sociedades de capital. La sociedad de capital tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho (art. 38 CC, 116.2 CCom, y 129.2 ant. LSA), salvo aquellos, nos recuerda la RDGRN de 20/01/2015, que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar¹⁵⁰⁷. Y es que, como expresa la STS 29/07/2010: *«nuestro sistema parte de la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles que, en consecuencia, [...] pueden desplegar lícitamente tanto actividades "estatutarias" (dentro del objeto social), como "neutras" (que no suponen el desarrollo inmediato del objeto fijado en los estatutos) y "extraestatutarias", incluso cuando son claramente extravagantes y ajenas al objeto social»*¹⁵⁰⁸.

Por tanto, el objeto social carece de virtualidad limitadora de la capacidad general de la Sociedad como sujeto de derecho para la realización de actos o contratos¹⁵⁰⁹ si bien, como señala el Centro Directivo: *«la delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también el máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor (art. 129 LSA), y que, aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias del mismo»*¹⁵¹⁰.

1503En las sociedades de capital la representación corresponde a los administradores (arts. 233 y 234 LSC) o, en su caso, sus liquidadores (art. 379 LSC). Los liquidadores no podrán comprar inmuebles porque dicho acto no es un acto liquidatorio -concebido éste como la monetización del activo- salvo que así lo autorice la Junta General por acuerdo de todos los socios (así PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 47).

1504En las sociedades cooperativas la representación la ostenta el Consejo Rector (art. 32 de la Ley de 16/7/1999 de Cooperativas).

1505En las fundaciones la representación la ostenta el Patronato (art. 14 Ley 26/12/2002 de Fundaciones). El art. 21 de dicha Ley exige previa autorización del Protectorado para enajenar o gravar bienes que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales y simple comunicación por el Patronato al Protectorado en los 30 días hábiles siguientes cuando se dispone de bienes y derechos fundacionales distintos de los señalados y de los que el art. 21.3 determina. Realizada la venta sin autorización se puede subsanar el defecto con la autorización *a posteriori* realizada por el Protectorado (art. 21 RF).

1506En las Asociaciones el poder de representación corresponde al órgano de representación del cual únicamente pueden formar parte los asociados y que gestionará los intereses de la asociación de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General (art.11.4 LODA). Dichas Asociaciones podrán vender bienes inmuebles previo acuerdo de la Asamblea General aprobado por mayoría cualificada recogida en el art.12 d LODA salvo que los estatutos lo dispongan de otro modo. Por su parte, de acuerdo con el art. 36.2.b) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, las Federaciones deportivas pueden gravar y enajenar sus inmuebles siempre que dichos negocios no comprometan de modo irreversible el patrimonio de la Entidad o su objeto social siendo necesaria autorización del Consejo Superior de Deportes si son bienes inmuebles financiados con fondos públicos del Estado.

1507RDGRN de 20/01/2015 (BOE de 24/2/2015).

1508STS 29/07/2010 (TOL2.051.543). En el mismo sentido, con expresa alusión a dicha sentencia, RDGRN de 20/01/2015 (BOE de 24/2/2015).

1509Así, RDGRN de 22/7/1991 (BOE de 5/9/1991) y RDGRN 10/9/1991 («BOE» de 14/10/1991).

1510RDGRN de 25/4/1997 (BOE de 30/5/1997). En este sentido, dicha resolución (caso balneario Solán de Cabras) señaló: *«En el caso debatido, el objeto social de la entidad no se define mediante la explotación de un concreto sector de la actividad económico-social, sino que está constituido por la explotación, en forma societaria, de unos concretos y significados bienes aportados al haber social, de modo que su permanencia en el mismo aparece no sólo como condición «sine qua non» para la viabilidad*

Por otro lado, en cuanto a la representación dispone el art. 234.1. LSC que: «*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros*». No obstante, reiteramos, el objeto social no constituye un límite a la eficacia externa de la representación de los administradores y así indica el art. 234.2 LSC: «*La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*»¹⁵¹¹.

Tradicionalmente la adquisición y enajenación a título oneroso de los bienes sociales se consideró, en principio, una competencia propia de los administradores. No obstante, la modificación de la LSC por la Ley de 3/12/2014 ha venido a introducir una excepción a dicha norma tradicional, dando la siguiente redacción al art. 160 f) de la LSC:

«Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado».

Por tanto, y limitándonos al tema de esta tesis, actualmente, tras dicha modificación legal, la enajenación de un inmueble social que tenga la consideración de activo esencial precisará acuerdo de la Junta General¹⁵¹². No obstante, este nuevo artículo plantea, entre otras, las siguientes cuestiones:

1) En cuanto al ámbito subjetivo del art. 160. f LSC comparto la idea de MARIÑO PARDO de que no se limita a operaciones entre sociedades, porque la alusión «*a otra sociedad*» lógica y gramaticalmente se refiere al acto mencionado previamente, el de «*aportación*», y no a los demás a los que alude dicho precepto y porque el acto de enajenación o adquisición tiene idéntica trascendencia para la sociedad que lo realiza independientemente de quien sea el respectivo adquirente o transmitente¹⁵¹³.

2) Mayores problemas plantea el tema del alcance de la invalidez de la enajenación realizada por los administradores de un activo esencial inmobiliario sin cumplir los requisitos del nuevo 160 f LSC. Caben, en síntesis, las siguientes posturas:

A) Tesis mayoritaria favorable a la eficacia jurídico real de la venta de un activo

del propio objeto social, sino como elemento básico y determinante del contrato social y de la subsistencia misma del nuevo ente constituido» por lo que «*cualquier actuación que implique de presente -o pueda implicar en lo sucesivo- la salida de esos bienes del patrimonio social excede inequívocamente de las facultades representativas del órgano gestor, entrando en la esfera competencial del órgano soberano de la sociedad, la Junta general*».

¹⁵¹¹Vide un resumen de la evolución reciente del ámbito de las facultades representativas de los administradores en PÉREZ RAMOS, C.: «El 160» en *El notario del Siglo XXI* – mayo-junio 2015, nº 61.

¹⁵¹²Sobre diversos problemas que suscita este artículo vide FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es exclusiva competencia de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]» *La Ley mercantil, nº 11, Sección Sociedades, febrero 2015*.

¹⁵¹³MARIÑO PARDO, F.: «La enajenación, adquisición y aportación a sociedad de activos esenciales por las sociedades mercantiles. El nuevo artículo 160.f TRLSC». En contra, SUÁREZ PINILLA, J.I.: «Nuevas facultades de la Junta General. Juicio de suficiencia notarial» en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015), *Ensayos*, pp. 166-167 considera que el art. 160 f LSC en atención a su literalidad y a su finalidad se restringe a las operaciones realizadas entre sociedades que excedan del tráfico ordinario de la gestión social y que sean semejantes a una modificación estructural, ya porque implique una alteración del objeto social ya porque supongan una liquidación de la sociedad.

esencial sin autorización de la Junta. Ha sido defendido por un amplio sector doctrinal y por reciente jurisprudencia. Así, en la doctrina, entiende SUAREZ PINILLA que, si los administradores enajenan un activo esencial sin acuerdo de la Junta General, los socios o acreedores sociales perjudicados tendrán acción contra el administrador infractor, pero no frente a terceros de buena fe, aunque el acto sea contrario a la Ley o estatutos dado el tenor del art. 234.2 LSC y 236.1 LSC¹⁵¹⁴. También PEREZ RAMOS se inclina por amparar al tercero de buena fe por la aplicación analógica del art. 234.2 LSC, ya que, aunque éste y el art. 160 f) LSC, son un verdadero límite externo al poder de representación de los administradores no son oponibles al tercero de buena fe y sin culpa grave¹⁵¹⁵. No obstante, considera que debe exigirse al tercero una buena fe ética o diligente lo que exige enjuiciarla atendiendo a las circunstancias del caso concreto no siendo en los casos ordinarios exigible la consulta de las cuentas anuales depositadas en el RM y siendo, por contra, suficiente en dichos supuestos con una mera manifestación del representante social sobre el carácter esencial o no del activo. Más discutible sería la respuesta, añade, en los supuestos del tercero especialista. Igualmente, CABANAS TREJO considera que la solución al 160 f) LSC debe estar en línea con la regla general del art. 234 LSC, por lo que sólo en supuestos de posible complicidad, de absoluta evidencia de la infracción o cuando realmente no se pueda hablar de tercero, podría admitirse la ineficacia del negocio celebrado por el administrador sobre un activo esencial sin la autorización de la Junta General¹⁵¹⁶. Carecería de sentido, señala, que un tercero al que la ley protege de las limitaciones inscritas, o de la posible extravagancia respecto del objeto social, quede expuesto a este riesgo por razón de unas circunstancias (como la consideración efectiva del activo como esencial o la presunción del 25 % del 160f LSC) que aún le resulta más difícil conocer y valorar.

En la jurisprudencia existen resoluciones que parecen inclinarse por esta solución porque, si bien nuestro TS ha señalado en STS 17/04/2008 que: «*excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario*»(FJ 2º), no obstante dicho Tribunal declara, invocando como precedentes las SsTS 27/9/2002, 19/12/2003 y 14/6/2005, no haber lugar al recurso de casación «*por la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA , aplicable por una clara razón de analogía*» (FJ 4º)¹⁵¹⁷. También la DGRN se inclina por dicha solución y así la resolución de 22-11-2017 (BOE 14-12-2017) señala que: «*el art. 160 LSC no ha derogado el art. 234.2 del mismo texto*

1514SUAREZ PINILLA, J.I.: «Nuevas facultades...», ob. cit. p. 169. En el mismo sentido, GARCÍA-VALDECASAS, J.A.: «Informe práctico del mes de diciembre de 2014 para registros mercantiles»

1515No tiene sentido, dice PEREZ RAMOS, amparar al tercero que contrata con un factor notorio que se excede de sus facultades expresas o que ni las tiene, y no protegerle cuando se trata de la adquisición, enajenación o aportación de un activo esencial. Ni tiene sentido que la sociedad quede obligada con el tercero de buena fe por lo ejecutado en su nombre por su apoderado con poder revocado (art. 1738 CC), y no en el supuesto del 160 f. LSC, cuando, al menos en este último supuesto, estamos ante un representante con cargo vigente. (PÉREZ RAMOS, C.: «El 160», ob. cit.).

1516CABANAS TREJO, R.: «Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad?» en *Diario La Ley*, nº 8521, Secc. Doctrina, 17-4-2015.

1517STS 17/04/2008 (TOL1.297.090). Por su parte, la SAP Navarra, 18-09-2002, Sec. 2ª (ROJ SAP NA 835/2002) hace referencia a un supuesto en el que se acuerda la nulidad porque el administrador se extralimitó en sus funciones al enajenar sin acuerdo de la Junta todos los activos sociales (lo que supuso un acto «*ultra vires*» que propició la liquidación «de facto» de dicha mercantil). Pero en el supuesto enjuiciado el comprador también actuó de mala fe, por cuanto conocedor de las limitaciones del administrador de la entidad vendedora, celebró dichas compraventas, a sabiendas de que eran nulas por carecer de facultades el administrador para realizarlas. En consecuencia, declara la nulidad absoluta de los contratos de compraventa.

legal, por lo que (en caso de enajenación o constitución de una hipoteca por el administrador sobre un activo esencial) la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción»¹⁵¹⁸.

B) Tesis minoritaria no favorable a la eficacia jurídico real de la venta de un activo esencial sin autorización de la Junta. No obstante, otro sector doctrinal considera que el art.160 f LSC puede tener efectos externos, afectando a la validez del negocio jurídico suscrito por la sociedad y el tercero¹⁵¹⁹. Los principales argumentos a favor de esta tesis minoritaria son los siguientes:

i) **Argumentos de la mens legislatoris.** Señala el preámbulo de la Ley 31/2014, que da la actual redacción al art. 160 f LSC, que *«se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales»*. Por tanto, es el propio legislador el que ha querido reservar esa competencia a la Junta y la ha equiparado a las modificaciones estructurales. Por ello, no estamos ante una decisión para la cual se necesite un complemento de capacidad para una competencia del administrador, sino de una competencia que desplaza la normal del administrador¹⁵²⁰. En resumen, dice MARIÑO PARDO, la extensión de las facultades representativas de los administradores tiene su ámbito de aplicación dentro de las competencias de éstos y no puede suponer invadir el ámbito competencial de otros órganos¹⁵²¹.

ii) **Argumento gramatical.** Señala ALFARO AGUILA REAL¹⁵²² siguiendo a RECALDE, que el art. 234.2 LSC ampara al tercero de buena fe *«aun cuando se desprenda de los estatutos que el acto no está comprendido en el objeto social»*. Pero en los supuestos de infracción del 160 f LSC *«no estamos ante una discrepancia entre el objeto social estatutario y la actuación de los administradores [...] supuesto específico en el que el art. 234.2 LSC valida contratos celebrados por los administradores con “exceso de poder”»*, sino ante una discrepancia entre la ley y la actuación del administrador que no se sana por el art. 234.2 LSC. No sería, pues, una discrepancia entre los estatutos y la actuación

1518RDGRN 22/11/2017 (BOE 14-12-2017) comentada por NIETO CAROL, U.: «Activos esenciales, objeto social y poder de representación».

1519Véase, p. ej., GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial», *El notario del siglo XXI*, núm. 59, febrero 2015; ALFARO AGUILA-REAL, J.: «El nuevo artículo 160 f) LSC» cit. También, considera GARCIA VILLARRUBIA que si los administradores enajenan un activo esencial sin acuerdo previo de la junta -acuerdo previo que es requisito de validez del negocio- existirá una causa de nulidad negocial por ausencia del consentimiento del art. 1261 CC e incluso una nulidad ex art. 6. 3 CC por infracción de una norma imperativa de competencia y la sociedad no quedaría vinculada por ese negocio (GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: «La infracción del art. 160. f LSC: la falta de acuerdo de la junta en la enajenación de un activo esencial» en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 56, 2017).

1520ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S y SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: «La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC» en *Diario La Ley*, n.º 8546, Sección Doctrina, 25-5-2015 con cita de GONZALEZ MENESES, M. ob. cit.

1521MARIÑO PARDO, F.: «La enajenación...», ob. cit.

1522ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «El nuevo art. 160 f) LSC», cit.

(supuesto que sana el art. 234 LSC) sino ante una discrepancia entre la ley y la actuación (supuesto que no sólo no sana el art. 234 LSC, sino que el mismo no es aplicable por analogía dada la ausencia de identidad de razón).

iii) **Argumento sistemático.** El nuevo art. 160 f LSC debe interpretarse conforme a la Primera Directiva que señalaba [art. 9.1] que «*La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos*»¹⁵²³. Y en los supuestos de infracción del 160 f LSC dicho acto excedería de los poderes que la ley atribuye al administrador por haberse reservado la competencia a la Junta. Asimismo, como argumento sistemático y *a contrario sensu*, se aduce que el art. 161 *i.f.* LSC, igualmente reformado por la Ley 31/2014, ha salvaguardado expresamente la aplicación del art. 234 LSC en los supuestos de intervención de la junta general en asuntos de gestión por lo que si el art. 160 LSC no ha hecho dicha salvaguarda expresa es, *a contrario sensu*, porque no consideraba aplicable el 234 LSC a los supuestos que enumeraba¹⁵²⁴.

iv) **Argumento “a maiori ad minus” (a fortiori).** Como señala MARIÑO PARDO si la RDGRN de 25/4/1997 admitió que la incorporación en los estatutos de una norma semejante a la actualmente recogida en la ley pudiera tener eficacia externa (esto es, afectar a las facultades representativas del administrador) con mayor razón tendrá eficacia externa si dicha limitación de las facultades representativas del administrador ha sido establecida por una norma cuya publicidad es superior a la registral¹⁵²⁵.

En definitiva, como señala PERDICES¹⁵²⁶ en los supuestos de infracción del art. 160 f LSC el administrador carece de competencia para emitir un consentimiento válido y, dado que no tiene poder de la sociedad para enajenar o adquirir el activo esencial, es un *falsus procurator* (art. 1259 CC), lo que conlleva dos consecuencias: la responsabilidad eventual del administrador en vía de la acción individual y no vinculación de la sociedad. Se trataría señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES de un acto no nulo sino incompleto que la Junta podría ratificar antes de que fuera revocado por el tercero¹⁵²⁷.

No obstante, la teoría que priva de eficacia jurídico real a la enajenación de un activo esencial con infracción del 160 f LSC, ha sido criticada porque resulta desproporcionado que para favorecer la participación de la Junta General -finalidad recogida en el preámbulo- se impongan dichas restricciones al tráfico y con un nivel tan intenso de inseguridad jurídica; resulta desproporcionado exigir al

1523Primera Directiva del Consejo de 9-3-1968. «DOUE» núm. 65, de 14-3-1968, pp. 8 a 11.

1524Emplea este argumento entre otros MARIÑO PARDO al señalar que el 160.f TRLSC), a diferencia, del artículo 161 TRLSC), «no deja a salvo expresamente las facultades representativas del administrador» (en MARIÑO PARDO, F.: «La enajenación...» ob. cit.).

1525MARIÑO PARDO, F.: «La enajenación...», ob. cit.

1526En este sentido PERDICES HUETOS, citado por ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «El nuevo artículo 160 f) LSC», cit. y en la conferencia de PERDICES HUETOS: «Las nuevas competencias de la Junta» conferencia en las Jornadas sobre la reforma: *Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital* organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo 2015.

1527Señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES que los actos realizados por el administrador sin autorización de la Junta, son actos celebrados sin poder de representación no quedando el tercero, aunque sea de buena fe, amparado por art. 234 LSC. Por tanto, entiende, el acto, al menos para las sociedades cotizadas, no es nulo sino incompleto y de acuerdo con el art. 1259 CC podrá ser ratificado por la Junta (FERNANDEZ TRESGUERRES, A.: «Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC»).

comprador una investigación de la actividad de la compañía y resulta poco equitativo que el adquirente de buena fe padezca las consecuencias de la desleal e incorrecta actuación del administrador, siendo más lógico que las sufrieran los socios, que son los que han puesto su confianza en él al designarle.

C) Teoría intermedia. Señalan ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO que cabe defender, una postura intermedia entre el efecto puramente interno y el efecto frente a terceros en todo caso de infracción del art. 160 f) LSC. A su juicio, ante el silencio, y laguna de la ley sobre las consecuencias de la infracción del art.160 f LSC y a la vista de la identidad de razón de los arts. 234 y 160 f LSC, pues en ambos casos se intenta amparar el tráfico y los derechos adquiridos por terceros de buena fe, debe aplicarse analógicamente el art. 234 LSC¹⁵²⁸. En cualquier caso, el art. 234 LSC exige que el tercero actúe de buena fe y sin culpa grave, por lo que si este conocía o no podía ignorar que adquiriría un activo esencial de la sociedad, podría prosperar la anulación del negocio. Por otro lado, el art. 160 f LSC no se dirige al tercero ni le obliga a realizar una investigación patrimonial de la sociedad ya que tampoco el art. 234.2 LSC obliga al tercero a consultar el objeto en el RM ni mucho menos debe obligarle a una investigación de la contabilidad o del conjunto de la actividad de la empresa. Por tanto, entienden estos autores que el negocio solo será inválido si el carácter esencial es evidente para el tercero, ya por la especial relación con la sociedad, ya por su carácter absolutamente notorio.

D) Toma de postura. Los argumentos gramaticales, sistemáticos y lógicos expuestos por la doctrina contrarios a la eficacia jurídico real de la venta de un activo esencial sin autorización de la Junta me parecen difícilmente rebatibles, pero no comparto la posición que deduce de dichos argumentos la aplicabilidad de la invalidez del art. 1259.2 CC porque dicho precepto permite al tercero que contrató con el administrador revocar, quizá por largo periodo de tiempo y con grave perjuicio de la seguridad jurídica el negocio (que quedaría incompleto y pendiente del consentimiento del *dominus* -la ratificación- en el peor de los casos por muchos años). Tampoco parece aplicable la nulidad absoluta de pleno derecho porque, como hemos visto, el principio de conservación del negocio exige la aplicación excepcional de dicha figura no siendo este uno de esos supuestos excepcionales en los que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*. Por último, la teoría de la anulabilidad plantea problemas similares a los ya indicados al tratar la aplicabilidad de dicha forma de invalidez al autocontrato: dicho régimen de anulabilidad obliga a la Junta, si no quiere que el negocio quede confirmado por transcurso del tiempo, a interponer la demanda de anulación y, además, el negocio anulable ofrece la desventaja de que el mismo despliega todos sus efectos entre las partes hasta que recaiga la sentencia y ello a pesar de que *dominus* no autorizó al *falsus procurator* a contratar. Por eso, entiendo que la solución, en este caso, es huir de la concepción bipartita de las nulidades y considerar que se trata de una nulidad atípica relativa¹⁵²⁹ de pleno derecho susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad), prescribible y que debe ajustarse a las garantías del proceso civil y a los principios de rogación, aportación de parte, interdicción de la indefensión etc. De igual modo, dado que se protege un interés particular -el de la sociedad y socios- no debe apreciarse de oficio. Las razones de

¹⁵²⁸En contra de dicha analogía porque entiende que no existe identidad de razón entre el supuesto del art. 234.2 (actuación del administrador no amparada por el objeto social tal como se describe en los estatutos) y el del art. 160 f LSC *vide* ALFARO AGUILA REAL, J.: «Y más sobre el art. 160 f) LSC.

¹⁵²⁹El interés protegido, como hemos visto, es el particular de la sociedad y no de orden público por lo que sólo a ella, y a los socios, debe concedérsele la acción de invalidez y debe admitirse la posibilidad de que dicha sociedad pueda convalidar lo irregularmente realizado por su administrador.

dichos caracteres son los que expuse con relación a la venta realizada por los padres con vulneración del art. 166 CC por lo que nos remitimos allí para su estudio.

3.1.3.1.13 Los entes sin personalidad.

A) Comunidad de gananciales

No es esta una obra en la que podamos tratar la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales porque su estudio desborda, con mucho, los objetivos de esta¹⁵³⁰. Baste apuntar las numerosas teorías sobre la misma y así, y sin pretensiones de exhaustividad, podemos indicar las siguientes posturas: en doctrina minoritaria se ha afirmado que la sociedad de gananciales es una comunidad meramente económica diferida al momento de su liquidación porque sólo nace y existe en ese momento, de manera que antes realmente existen dos patrimonios separados¹⁵³¹; o bien se ha defendido que se trata de una comunidad romana por cuotas sobre los concretos bienes comunes¹⁵³² o bien que existe, con diferentes matices, una sociedad¹⁵³³ o una comunidad de bienes especial de Derecho de familia formada por una masa patrimonial sin personalidad jurídica, y provista de sus propias normas de gobierno¹⁵³⁴, o bien se ha afirmado que no existe comunidad, «*ni germánica ni no germánica*» sino sencillamente un régimen económico matrimonial al que se ajustan ciertos bienes¹⁵³⁵ sin perjuicio de otras tesis intermedias o

1530 Puede verse la exposición que realiza RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «La sociedad de gananciales», en *Tratado de Derecho de la Familia. Vol. III. Los regímenes económico matrimoniales (I)*. Ed. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona. 2011, pp. 669 y ss.

1531 Defienden la tesis de la comunidad diferida, entre otros, BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», en *RDN*, 113-114, 1981. pp. 9 y ss.; no obstante, este autor defiende la existencia de una comunidad actual en la sociedad de gananciales en un trabajo posterior, vid. «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones», *AAMN*, vol. XXV, 1983, (pp. 43-142); CASTILLO TAMARIT, V.J.: «Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales», en *RDN*, Año XXXI, núms. 121- 122, julio-diciembre 1983, (pp. 7 -47); GARRIDO CERDÁ, E.: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» en *AAMN*, vol. XXV, 1983, pp. 143-176 (también publicado en *RDN* núm. 115, 1982, pp. 87-122) y del mismo autor «La sociedad de gananciales y las donaciones de bienes de naturaleza ganancial» en *Libro Homenaje...*, Vol. 7 ob. cit. pp. 247-290; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias», en *RDN*, 116, 1982, pp. 7 -35; del mismo autor: «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1.983)», *RDN* julio-diciembre 1.983, pp. 341 y ss.; del mismo autor: «La comunicación ganancial», en *ASN*, EDERSA 1988, pp. 115-145; del mismo autor: «Los límites de la responsabilidad ganancial» conferencia» en *AASN*, Madrid, 1989. Este autor, en ocasiones, combina la tesis de la comunidad económica con la de la sociedad civil (así vide últ. ob. cit. pp. 143 y ss).

1532 Defiende el carácter romano de la comunidad conyugal GIMÉNEZ DUART, T.: «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1322)» en *AAMN* T. 28. Ed: EDERSA Madrid 1988, pp. 233-364 y GUILARTE GUTIERREZ, V.: «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales», *ADC* 1992- 3, pp. 895, 913 n.14, 913-915, 924, 927 *et passim*.

1533 Fue la postura sostenida, con base a la redacción original del CC que se remitía al régimen de la sociedad, por los autores coetáneos a su promulgación (SANCHEZ ROMÁN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, CLEMENTE DE DIEGO, ALAS, DE BUEN). Asimismo ha considerado la sociedad de gananciales como sociedad civil ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho de familia. Exposición Elemental del Derecho Civil Español para la iniciación de estudiantes universitarios*. Impr. Suárez, Sevilla 1949, pp. 198-200; MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Sociedad de gananciales...» pp. 305, 331 *et passim*; del mismo autor: «El órgano de administración...» pp. 395, 448 *et passim*; RAGEL SÁNCHEZ, «La sociedad...», ob. cit. pp. 687-688; GARDEAZÁBAL DEL RIO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: «La sociedad de gananciales» en *Instituciones de derecho privado*, cit. pp. 32, 34, 41 *et passim*; y, matizadamente, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», en *RDPatr.*, nº 6, 2001. Ed. Aranzadi. p. 132 y ss; de la misma autora, *Disposición...*, ob. cit., p. 35 y 37).

1534 BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Ed. RDP. Madrid. 1954, pp. 95-97.

1535 MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A.: «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales», *AAMN*, vol.

híbridas¹⁵³⁶. Pero la jurisprudencia y doctrina mayoritaria consideran que la comunidad de gananciales es una comunidad cuyos caracteres la aproximan a una comunidad germánica o propiedad en mano común: i.e. un patrimonio autónomo, separado y común, que no tiene personalidad jurídica, cuyos titulares serían, con carácter personalísimo indistinta e indeterminadamente, ambos cónyuges que carecerían de acción de división y de un derecho actual a una cuota, por lo que uno de los cónyuges no podría disponer intervivos de la mitad de un bien ganancial o de los derechos que le correspondan sobre el mismo¹⁵³⁷. No obstante, aunque consideramos como explicación más aceptable la teoría de la comunidad germánica compartimos con LACRUZ la apreciación de que, aunque dicha calificación es exacta no puede decirse que sea precisa «*dada la elasticidad del concepto de “comunidad en mano común”, donde caben grupos de caracteres muy diversos y aun opuestos, que solo tienen de común la apuntada indisponibilidad individual de partes de bienes*»¹⁵³⁸.

De conformidad con el principio de cogestión (art. 1375 CC), para la realización de los actos de disposición sobre bienes gananciales se requiere el consentimiento de ambos cónyuges ya se trate de actos de disposición a título oneroso (arts. 1322.1 y 1377 CC) ya a título gratuito (arts. 1322.2 y 1378 CC). A la invalidez de los actos a título gratuito realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro cónyuge me referiré más adelante por lo que ahora me limitaré al análisis de la invalidez de los actos dispositivos a título oneroso sobre gananciales realizados, normalmente en documento privado, por un cónyuge sin consentimiento del otro¹⁵³⁹.

XXVI, 1985. pp. 357 y ss.; del mismo autor: «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», *RDN* 131, 1986, pp. 7 y ss.

1536Dentro de dicha categoría de tesis híbridas pueden encuadrarse las formuladas p.ej., por VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de José Luis Lacruz en 1950)», en *ADC* 1990- 4, pp. 1053- 1054 o por BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Ed. CORPME. Madrid. 1993. p. 449.

1537En la jurisprudencia, entre otras muchas, sostienen la calificación de la comunidad de gananciales como una comunidad cuyos caracteres la aproximan a una comunidad germánica o propiedad en mano común la STS 04/03/1994 (TOL1.665.805); STS 25/02/1997 (TOL214.977); STS 10/11/1997 (TOL215.955); STS 08/02/2001 (TOL4.964.659); STS 08/02/2007 (TOL1.038.321). En la doctrina sostienen dicha calificación, entre otros, AGUILAR RUIZ, L. y PIZARRO MORENO, E.: *Derecho de Familia*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2015, p. 117; ALBALADEJO, M.: *Curso...IV*, [8ª ed. 1997] cit. pp. 169-170; ANDERSON, M.: *Derecho de Familia*. Coord. VILLAGRASA ALCAIDE, C. Ed. Bosch. Barcelona. 2011, p. 192; Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema... Vol. IV. T. I* [11ª ed., 2012] cit. pp. 161-162; GARRIDO DE PALMA, V.M.: «El matrimonio...», p. 175; GONZALEZ GARCIA, J. «El régimen económico del matrimonio, I» en la obra *Curso de Derecho Civil IV* [6ª ed. 2012]. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, p.161; LACRUZ BERDEJO J. L.: *Elementos... IV-Vol. 1* [3ª ed. 1990], p. 393; LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1998, pp. 49 y 50; MADRAZO MELÉNDEZ, B.: «Resolución de la RDGRN de 8 de julio de 1991», en *CCJC*, núm. 27, sept. – diciembre 1991, pp. 850 y 854; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª. T: *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1995, pp. 111 y ss.; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales», en *ADC* 1985-1, pp. 51 y 52; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Comentario al art. 392 del Cc» en *Comentario...*, T I. ob. cit. p. 1068; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «Comentario al art.1344 del Cc» en *Comentario ... T. II*. ob. cit. p. 634.

1538LACRUZ BERDEJO J. L.: *Elementos... IV-Vol. 1* [3ª ed. 1990], cit. p. 393; del mismo autor y en el mismo sentido: «En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales» en *RGLJ T. XIX*, 187, 1950, p. 31 donde señala: «*la simple invocación de la comunidad en mano común no resuelve el problema de la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial... porque, ¿cuál es, a su vez, la naturaleza jurídica de la comunidad en mano común*» (cit. por VALLET, J.B.: «En torno a...», ob. cit. p. 1036).

1539Dicho consentimiento del otro cónyuge puede ser anterior o posterior al negocio y expreso o tácito (vide, por todas, STS 02/07/2003, TOL293.894) entendiéndose como consentimiento tácito el que deriva de actos concluyentes y también la propia pasividad del que, pudiendo y debiendo hablar, se mantuvo en silencio [STS 20.7.2006 (TOL979.470); STS 20.6.91 (TOL 1727083), STS 15.7.99 (TOL 2675)] Sobre la problemática que genera el consentimiento anterior y posterior al acto vide RODRÍGUEZ

La invalidez de los actos dispositivos onerosos sobre bienes gananciales realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro. - Para que uno de los cónyuges pueda vender un inmueble ganancial es necesario consentimiento de ambos cónyuges o, si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, autorización judicial supletoria (art. 1377 CC).

En cuanto al régimen de invalidez de los actos a título oneroso realizados con falta de legitimación por uno de los cónyuges el CC se inclina decididamente por, en palabras de PAU PEDRON, una «*benévola sanción de anulabilidad*»¹⁵⁴⁰. Y, así, dispone el art.1322.1 CC: «*Cuando la Ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos*»¹⁵⁴¹. En todo caso, como señalan DELGADO y PARRA, dicha anulabilidad es anómala, ya que se concede legitimación activa a quien no fue contratante¹⁵⁴² llegando a señalar BELLO JANEIRO que estamos ante una «*anulabilidad relativamente atípica, distinta a los supuestos que inicialmente contemplaban los art. 1.301 y ss. CC, y que constituye un cuerpo anómalo, atípico, peculiar o extraño en el sistema*»¹⁵⁴³.

Si bien, como decimos, se ha defendido unánimemente (*rectius*, mayoritariamente¹⁵⁴⁴)

MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. pp. 57-93 y sobre la problemática que genera el consentimiento tácito vide últ. ob. cit. pp. 93-105. En todo caso, en relación con el Registro de la Propiedad el consentimiento del cónyuge debe ser expreso y constar en escritura pública, sin que sea bastante la existencia de un consentimiento tácito pues su apreciación queda fuera del alcance de la calificación del registrador.

1540PAU PEDRON, A y DE FUENTES CORRIPIO, J. *La capacidad...*, ob. cit p. 217. Un sector doctrinal ha considerado adecuada dicha sanción de anulabilidad. Así, entre otros, DE LA CAMARA ALVAREZ (en «*Actos de disposición...*», ob. cit. pp. 104-105 y 223) quien defendió dicha sanción de anulabilidad incluso antes de que el CC la estableciera; DIEZ PICAZO, L.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid. 1984, p. 1509 y GORDILLO CAÑAS, A.: «*Nulidad...*», ob. cit. p. 975. En general destacan estos autores que, si bien desde una visión teórica, al supuesto de legitimación conjunta e infracción de un precepto legal correspondería mejor la nulidad radical, no obstante, el legislador estableció la anulabilidad porque consideró que el único interés digno de protección es el del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, por lo que no debe acudir a la nulidad radical que permitiría la protección de otro tipo de interés y cuya sanción sería excesiva.

1541No concreta este párrafo a qué tipo de bienes están referidos los actos de disposición y permite su aplicación a cualquier régimen económico matrimonial, aunque el caso más numeroso será el de la sociedad de gananciales. En separación de bienes los supuestos que pueden reconducirse al art. 1322.I es sólo uno: la disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular sin consentimiento de su consorte, exigido en el art. 1320 CC. Dentro del régimen de separación de bienes no hay masa conyugal, no hay bienes consorciales de cuya gestión y disposición hayan de ocuparse ambos cónyuges. Puede haber, eso sí, bienes adquiridos por ambos, que se hallarán en régimen de comunidad ordinaria, y a los que se aplicarán, no el art. 1322 CC, sino los arts. 392 y ss. CC en lo que se refiere a su gestión y disposición.

1542También destaca esta anomalía de que se conceda la facultad impugnatoria a un tercero no contratante, entre otros, BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 82 con cita en n. 31 de numerosa doctrina. En todo caso, en cuanto a la legitimación pasiva la misma corresponde en litisconsorcio pasivo necesario al cónyuge que actuó sin consentimiento de su consorte y al tercero que celebró el contrato.

1543BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 83. No obstante, sigue señalando dicho autor, a pesar de dicha atipicidad se trata de una verdadera anulabilidad porque, como en las demás causas de anulabilidad, la legitimación activa se confiere a determinadas personas durante un plazo de 4 años y con los efectos previstos en el art. 1303 CC y porque el legislador así las denomina implícitamente en los artículos 293 y 1322 CC (ibíd. pp. 83-84).

1544Como veremos tanto GIMENEZ DUART como RODRIGUEZ MARTINEZ han defendido la aplicación del art. 1259 CC al menos en los supuestos de contratación en nombre propio y ajeno en los que exista *contemplatio domini*, pero falte el previo poder. Por otro lado, según CANO TELLO la redacción del art.1322 CC, tras la reforma realizada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, comete una imprecisión técnica al considerar anulables dichos actos ya que esto implica admitir su validez mientras no sean impugnados lo que dicho autor considera inadmisibles porque considera que se trata de un negocio en vías de formación, incompleto y, por ello, todavía inexistente (CANO TELLO, C.A.: *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*. 3^a ed. Ed. Civitas. Madrid. 1989 pp. 24, 25 y 102; en el mismo sentido,

que, tras la reforma del CC por Ley de 13-5-1981, la sanción en estos casos es la de anulabilidad, la duda, entiendo, no es si la sanción es la de anulabilidad, sino que la duda es ¿qué es anulable: el contrato que genera la obligación de disponer o el «acto dispositivo»? O dicho de otro modo ¿qué es, en estos casos, ineficaz: el título o el modo? Y es que repárese que en los arts. 1300 y ss. del CC, como resalta MIQUEL GONZALEZ, se habla de nulidad del contrato, pero en los artículos 1322 y 1377 CC de lo que se habla es de la ineficacia del acto dispositivo¹⁵⁴⁵. Cabe distinguir dos teorías:

a) Teoría clásica de la anulabilidad del contrato. En apoyo de la tesis casi unánime de la anulabilidad se han vertido los siguientes argumentos: El primero, es el empleo de la palabra anulación, en contraste con la de nulidad que aparece, para los actos a título gratuito sobre bienes comunes, en el art. 1322. 2 CC. El segundo, la limitación de la legitimación que es propia de esta forma de invalidez. El tercero, la alusión del art. 1322.1 CC a la posibilidad de confirmar dichos actos. y, en último término, la confrontación entre los dos párrafos del artículo 1322¹⁵⁴⁶. No obstante, a pesar de que *lege lata* existen pocas dudas sobre que la anulabilidad es la invalidez prevista por el CC para estos supuestos y así lo ha reconocido unánimemente la jurisprudencia¹⁵⁴⁷, *lege ferenda* no faltan autores que han criticado dicha forma de invalidez porque constituye un elemento o cuerpo extraño al sistema de la anulabilidad¹⁵⁴⁸, genera distorsiones en relación con los principios del derecho patrimonial y presenta grandes diferencias respecto del régimen general de la anulabilidad, tal y como aparece regulada en nuestro Código, y con la teoría del título y el modo¹⁵⁴⁹. Las divergencias y distorsiones son numerosas, pero destacamos las siguientes:

FERNÁNDEZ ARAMBURU, J.M.: *Todo sobre los regímenes matrimoniales*. Ed: De Vecchi. Barcelona. 1987, pp. 70 y 71). Paralelamente, alguna sentencia aislada del TS han invocado el art. 1261 CC en casos en los que se planteaba la omisión del consentimiento del otro cónyuge en actos dispositivo para los que era necesario (vide STS 20/3/1990, TOL1.730.410). Por su parte, la SAP Toledo, Secc. 1ª, de 06/03/2006 (TOL858.094) declaró la nulidad radical por ausencia del consentimiento (art. 1261 CC) de una venta realizada por el marido de un bien ganancial por dos motivos: primero, porque la venta del bien no se hizo como ganancial, ni actuando en representación de su sociedad conyugal, sino realizando una verdadera venta de un bien objeto de condominio, que realizaba uno de los copropietarios como si aquél fuera de su propiedad exclusiva. Y segundo, porque la sentencia apreciaba la existencia de simulación absoluta (por inexistencia de precio, que no se prueba como entregado).

1545MIQUEL GONZÁLEZ, JM en su Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición...*, ob. cit. pp. 20 y 22. Así, señala este autor (ibíd. p. 21) que es necesario distinguir entre contrato obligacional y acto dispositivo siendo claro que, en un sistema regido por la teoría del título y el modo, un contrato de compraventa no consumado por la tradición de la cosa vendida no es un acto dispositivo porque «acto dispositivo» es aquel que produce la salida del patrimonio del bien en cuestión. Por eso, «cuando la ley dice que son anulables los actos dispositivos dice algo muy distinto de cuando dice que son anulables los contratos obligatorios. La «anulación» del acto dispositivo no significa lo mismo ni lleva consigo la anulación del contrato obligacional. La ineficacia es falta o privación de los efectos propios del acto de que se trate, pero no falta o privación de efectos diferentes. Se suprimirá el efecto dispositivo, pero no el efecto obligacional».

1546MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario al art.1322 del Código Civil», ob. cit. p. 9347.

1547Nuestra jurisprudencia es unánime en el sentido de que la disposición a título oneroso de un bien ganancial, por un cónyuge sin consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino anulable [vid. por todas, STS 15.1.08 (TOL1.235.318); STS 5.6.08 (TOL1.331.019); STS 23.9.2010 (TOL1.952.692); STS 16.4.2012 (TOL2.538.945)]. Como consecuencia de ello entiende que el contrato es confirmable; que estará legitimado activamente para ejercitar la acción de anulabilidad sólo el cónyuge cuyo consentimiento se omitió o sus herederos, pero no el cónyuge que dispuso del bien ni el tercero que contrató con este [así STS 20/09/2007 (TOL1.146.786); STS 5.6.08 (TOL1.331.019)]. Pasivamente está legitimado el cónyuge que dispuso sin consentimiento de su consorte, y el tercero que contrató con él, tratándose de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (véase, en este sentido, la jurisprudencia citada por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 214, n. 13)

1548Así lo califican, entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 636; DE LOS MOZOS, J.L.: «La nulidad...», ob. cit. p. 517.

1549RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición...*, ob. cit. pp. 27, 29 y 30.

En primer lugar, se confiere legitimación para instar la acción de anulabilidad al cónyuge que no prestó el consentimiento, y que, por definición, no fue parte en el contrato a diferencia de lo que señala el art. 1302 CC para la anulabilidad¹⁵⁵⁰. En segundo lugar, se concede un plazo más amplio para instar la anulabilidad del que procedería de ordinario, ya que los cuatro años de caducidad comienzan a contarse desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal, salvo que antes hubiera tenido conocimiento suficiente del acto el legitimado para instarla (art. 1301 CC), plazo que puede llegar a ser excesivamente prolongado teniendo en cuenta dicho *dies a quo*¹⁵⁵¹. En tercer lugar, se trata de una anulabilidad que no obedece, frente a los supuestos tradicionales del art. 1300 y 1301 CC, a defectos de capacidad porque el matrimonio no modifica la capacidad de obrar de los cónyuges que son plenamente capaces¹⁵⁵². En cuarto lugar, contradice el principio de relatividad de los contratos porque nadie debe quedar vinculado por el contrato que otro celebre fuera de los casos de representación¹⁵⁵³ y nadie debe quedar desvinculado de un contrato por la impugnación de quien no es contratante¹⁵⁵⁴. En quinto lugar, se ha señalado por doctrina autorizada que siendo un bien común si no hay consentimiento de ambos titulares debería haberse establecido la sanción de inexistencia o de nulidad absoluta¹⁵⁵⁵. En sexto lugar, la anulabilidad obliga al cónyuge que no consistió a ejercitar una acción en lugar de admitir que pueda simplemente ignorar el acto, que no tiene por qué afectarle porque ese contrato es, respecto a él, «*res inter alios acta*»¹⁵⁵⁶. Y por último, y más importante, porque la solución adoptada no es congruente con la teoría del título y el modo que rige en nuestro derecho donde cabe distinguir el título, que genera efectos obligacionales (y en este sentido el título -contrato- otorgado por un cónyuge aisladamente es válido y eficaz dado que el matrimonio no modifica la capacidad de obrar de los cónyuges¹⁵⁵⁷), y el modo que es donde, como ya demostró convincentemente CUENA CASAS, reside el poder de disposición¹⁵⁵⁸. Por ello, resulta incoherente que si se admite la validez de la venta de cosa ajena o la venta de cosa

1550YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 636; MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario al art.1322 del Código Civil», ob. cit. p. 9346; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 30; DE LOS MOZOS, J.L.: «La nulidad...», ob. cit. pp. 516 y 517.

1551La doctrina ha discutido sobre si se trata de un plazo de prescripción o caducidad siendo mayoritaria la segunda opinión. Una exposición de las distintas opiniones doctrinales puede verse en BELLO JA-NEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. pp. 108-125.

1552RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 30.

1553MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. en su Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 20.

1554RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 30; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: voz «Anulabilidad», en *EJB* Vol. I. Ed. Civitas. Madrid. 1995, pp. 478 y 479

1555En este sentido, ALBALADEJO, M.: *Curso...* T. IV, [6^a ed. 1994] p. 162 y HERRERO GARCÍA, M^a.J.: «Comentario al artículo 1322 CC», en *Comentario...*, T. II., p. 594.

1556RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 32.

1557El título es válido y eficaz y esto último porque la eficacia del título consiste precisamente en generar obligaciones para lo que el CC no requiere poder de disposición sino capacidad para obligarse -artículo 1457 CC- (CUENA CASAS, M.: *Función...*, ob. cit. p. 499).

1558CUENA CASAS, M.: «La validez...», ob. cit.: «*la ausencia de poder de disposición será un problema de modo, que hace ineficaz la tradición como modo de adquirir, permitiendo la supervivencia del título, como hecho justificativo de la adquisición*» y ello porque «*no es preciso tener poder de disposición para vender porque en nuestro Derecho la compraventa no tiene naturaleza traslativa*». Es decir, en los supuestos de ausencia de poder de disposición no es que el título sea ineficaz (de hecho, como señala esta autora dicho título produce todos sus efectos que, no se olvide, son meramente obligacionales, CUENA CASAS, M.: *Función...*, ob. cit. pp. 315, 360, 363 y 412 *et passim*) sino que la transmisión del dominio no se produce por un defecto en el modo o *traditio*. Y es que el poder de disposición constituye una patología que afecta al modo de adquirir y no al título (ibid. p. 411). Es decir, según la profesora CUENA el poder de disposición forma parte de la *traditio* -que no sería sólo el acto material de entrega- y no del título.

común por un condeño sin consentimiento de los demás (en ambos casos el título es válido y perfecto y produce efectos obligacionales si bien no tiene lugar la transmisión del dominio por un defecto del modo, del poder de disposición) no se admita la validez del contrato por el que un cónyuge venda en solitario un bien ganancial (aunque después se proclamara la falta de eficacia translativa por falta del poder de disposición, es decir por defecto o patología del modo)¹⁵⁵⁹. Como señala RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, la falta de poder de disposición no es una patología del título ni un requisito del contrato (pues ello supondría aproximarnos a los sistemas franceses o italianos de transmisión del dominio) sino un defecto de la transmisión por tradición y sólo debe provocar la ineficacia de esta¹⁵⁶⁰. Esta última divergencia ha llevado a autores como GIMENEZ DUART o YZQUIERDO TOLSADA a señalar que el contrato realizado por un cónyuge sin consentimiento de su consorte es válido (y entre otras consecuencias eso significa que es justo título para la usucapión ordinaria), pero la transmisión del dominio no se produce por un defecto del modo. Por eso, cabe hablar de una teoría de la anulabilidad impropia que analizamos a continuación.

b) Teoría de la anulabilidad impropia o de la anulabilidad del «acto dispositivo» o del art. 1259 CC. La base y fundamento esencial de esta teoría es la afirmación de que el poder de disposición no es un elemento del título sino del modo¹⁵⁶¹. Así, señalaba YZQUIERDO TOLSADA que la anulabilidad del art. 1322.1 y 1377 CC es una anulabilidad impropia porque no existe anulabilidad del contrato sino ineficacia jurídico real ya que el poder de disposición (que es lo que falla) no reside en el título sino en el modo¹⁵⁶². Por ello, el contrato de compraventa (título) realizado por un cónyuge sobre un bien ganancial sin consentimiento del otro es válido, pero al haber un defecto en el modo (por falta de poder dispositivo) no producirá el efecto de transmitir el dominio. Gráficamente señala que la expresión «*podrán ser anulados*» que usa el art.1322.1 CC en realidad significa «*podrán ser privados de efectos reales*»¹⁵⁶³. No funciona aquí, añade, la categoría lógico-conceptual de la anulabilidad de los contratos porque en los actos dispositivos onerosos sobre gananciales realizados por un cónyuge aisladamente concurren, al no existir problema de capacidad, todos los elementos del contrato, del título, que por tanto será válido y si no se transmite el dominio será por un defecto en el modo (que es donde reside el poder de disposición en los casos del supuesto de hecho del 1322.1 y 1377 CC)¹⁵⁶⁴. Y, obviamente, aceptar

1559 Destaca dicha incoherencia MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. en su Prólogo al libro de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 24 e YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 642.

1560 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 31.

1561 Así, señala CUENA CASAS, M.: *Función...*, ob. cit. pp. 361-363 que nuestro CC, fiel a la teoría del título y modo, exige ambos elementos para que se produzca la transmisión del derecho real de modo que ésta podrá no producirse bien porque el título adolece de algún vicio que lo invalide, o bien porque el *tradens* no podía hacerlo por carecer de facultades para enajenar. En el primer caso falla el título; en el segundo el título es válido y eficaz (eficaz porque la eficacia del título consiste precisamente en generar obligaciones para lo que el CC no exige poder de disposición sino capacidad para obligarse -1457 CC- ibíd. p.499), pero será inválido e ineficaz el modo por ausencia del poder de disposición, poder que se sitúa dentro del modo (ibíd. p. 20) y constituye un elemento extraño al título y a la teoría general del contrato (ibíd. p. 363). Es por ello, por lo que considera que la venta de cosa ajena (y *a fortiori* la venta de cosa común por un comunero aislado, ibíd. p. 412) es válida y eficaz precisamente por su naturaleza obligacional (ibíd. pp. 363 y 410). En resumen, cualquiera puede vender lo que no es propio, pero nadie puede dar lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*).

1562 YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. p. 649.

1563 Ibídem p. 644.

1564 Así, señalará YZQUIERDO TOLSADA («Tipología...», ob. cit. p. 641) siguiendo a GIMENEZ DUART que, si el matrimonio no afecta a la capacidad, cuando un cónyuge, aisladamente, celebra contratos con finalidad traslativa sobre bienes gananciales, contrata válidamente, porque lo hace exclusivamente en nombre propio, generando precisamente eso que el contrato está llamado a generar: obligaciones. Pero no se produce el resultado transmisivo porque el poder de disposición (cuestión por completo

esta teoría tiene enormes consecuencias en sede de usucapión ordinaria que, en principio, no subsana defectos del título sino solo del modo.

En similares términos, aunque con distinta terminología, se manifestó años antes GIMENEZ DUART al señalar que, tras la reforma de 1975, el matrimonio ya no restringe la capacidad de obrar de ningún cónyuge, luego ya no hay base para la anulabilidad, de modo que hoy cuando un cónyuge vende en solitario celebra un contrato válido porque, a diferencia de antes, son personas totalmente capaces. Pero ese contrato válido es atributivamente ineficaz porque cada uno de ellos carece individualmente de poder de disposición, siendo el posterior asentimiento del cotitular de dicho poder lo que dotará al negocio de toda su eficacia atributiva siendo actos susceptibles de ratificación impropia o propia ex art. 1259 CC¹⁵⁶⁵ según que haya habido o no *contemplatio domini* expresa o tácita¹⁵⁶⁶. El legislador no repara en que las reformas (la de 1981 sobre todo) suponen un vuelco en el sistema anterior, trasladándose la falta de asentimiento desde el terreno de la capacidad al del poder de disposición. Añado, desde el terreno del título al terreno del modo.

En parecidos términos se manifiesta RODRIGUEZ MARTINEZ quien después de señalar las graves distorsiones que supondría aceptar la anulabilidad del título¹⁵⁶⁷ y criticar que pueda existir una anulabilidad atípica¹⁵⁶⁸, considera con argumentos similares a los ya expuestos por GIMENEZ DUART y YZQUIERDO TOLSADA, que el art. 1322.1 CC consagra, como ya había vislumbrado DE LA CAMARA años antes¹⁵⁶⁹, la anulabilidad del «acto dispositivo»; de la tradición, no del título, y por tanto, la impugnabilidad del efecto dispositivo mediante una acción meramente declarativa¹⁵⁷⁰, sin prejuzgar la validez del contrato¹⁵⁷¹. Así, y siendo anulabilidad e inoponibilidad términos sinónimos respecto del acto de disposición, la anulabilidad es una inoponibilidad no del contrato sino del efecto dispositivo, manteniéndose, por tanto, la vigencia del contrato, del título, entre cónyuge vendedor y comprador¹⁵⁷². En

ajena al contrato) no está completo, y falla con ello el modo de adquirir. El consentimiento o asentimiento del otro cónyuge supone ejercitar ese poder de disposición y, por tanto, no implica participar en una venta que ya era válida por sí misma, sino en la disposición para que sea efectiva codisposición, que es lo que el legislador quiere. «*En definitiva -remata el autor- el Código no obliga a compartir el título, pero sí a compartir el modo*».

1565 También se muestra partidario de aplicar el art. 1259 CC PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia...*, ob. cit. p. 176.

1566 GIMÉNEZ DUART, T.: «La adquisición...», ob. cit. pp. 242, 330, 331, 361 y 362. Para GIMÉNEZ DUART, el poder de disposición sobre los gananciales corresponde a ambos cónyuges mancomunadamente, de modo que cuando uno de ellos consiente el negocio dispositivo concluido por su consorte no está asintiendo una disposición ajena, sino que está ejercitando el propio poder de disposición, y, por tanto, ambos disponen, aunque sólo uno contrate; cuando un cónyuge vende un bien ganancial sin el consentimiento del otro, el contrato no es anulable, sino válido, en cuanto realizado por una persona capaz, pero el acto será ineficaz en el aspecto atributivo por falta de poder de disposición del cónyuge firmante; este defecto se salva mediante la ratificación del otro cónyuge «ex» art. 1259, ratificación que irá referida al desplazamiento patrimonial y no al contrato, y que es posible en cuanto el cónyuge actuante asumió la representación tácita de su consorte al vender un bien ganancial.

1567 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 17, 18 y 368.

1568 *Ibidem* p. 174.

1569 DE LA CAMARA en 1960 y con relación al anterior art. 1413 ya señaló que la anulabilidad que dicho artículo establecía era “especial” porque no atentaba a la subsistencia del contrato (de las obligaciones que el marido haya contraído) sin perjuicio de que se destruya por completo y *erga omnes* el efecto fundamental del acto: el dispositivo (DE LA CAMARA, M.: «El nuevo artículo 1413 del Código civil» en *ADC* 1959-2, pp. 451-480; *ADC* 1959-3, pp. 847-898 -y *ADC* 1960-2, pp. 361-500, señaladamente en *ADC* 1959-3, p. 877).

1570 RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. pp. 160-161 lo que supone una diferencia con relación al carácter constitutivo que normalmente se predica de la acción de anulabilidad.

1571 *Ibid.* pp. 140, 158-163, 368 *et passim*.

1572 *Ibid.* pp. 369-370.

todo caso, como ya señalamos, entiende esta autora que la anulabilidad no debe ser la sanción aplicable en todos los casos en que un cónyuge disponga a título oneroso de un bien ganancial sin consentimiento de su consorte pues el art. 1322 CC puede ser desplazado si de acuerdo con el conjunto de nuestro sistema de derecho civil, conviene más otro régimen. Y, así, en los casos de actuación del cónyuge disponente en nombre propio y ajeno (ya exista *contemplatio domini* expresa o tácita) pero sin apoderamiento previo del otro esposo se aplicaría el régimen del art. 1259 CC pues se trata de un *falsus procurator*¹⁵⁷³ por lo que, en dichos casos, debe poderse revocar el contrato por el tercero mientras no sea ratificado por el otro consorte¹⁵⁷⁴. Y en los casos en los que se someta el contrato a la condición de obtención del preceptivo consentimiento se aplicará el régimen de la condición previsto en los arts. 1113-1124 CC¹⁵⁷⁵. Por tanto, el régimen de anulabilidad del art. 1322 CC (entiéndase, para esta autora, anulabilidad del acto dispositivo, nunca del título) sólo sería aplicable a los supuestos de actuación en nombre propio del cónyuge disponente sin autorización previa del otro cónyuge¹⁵⁷⁶.

En términos similares se pronuncia MERINO GUTIÉRREZ porque, a su juicio, «*la solución tiene que ser la misma que en la venta de cosa ajena. El acto de ejercicio del derecho es válido pero ineficaz*»¹⁵⁷⁷. Es válido porque el cónyuge que dispone tiene capacidad, consentimiento, hay objeto en la venta y causa, pero al tiempo el acto es ineficaz porque «*falta el requisito necesario para que el acto dispositivo produzca efectos en la esfera jurídica del no interviniente en el acto*»¹⁵⁷⁸. Cuando falta el consentimiento del otro cónyuge hay un problema de legitimación dispositiva, no de capacidad contractual. Es más conforme, señala este autor, con los intereses en juego considerar que el acto es irrelevante para el cónyuge no interviniente, que considerarlo anulable, lo cual supone que la transmisión se haya producido, pese a no haberse contado con el consentimiento de los dos cotitulares del bien¹⁵⁷⁹.

B) Comunidad de bienes

La enajenación de la cosa común precisa la unanimidad de los condueños si bien la doctrina no es pacífica en cuanto al precepto legal que impone tal exigencia. La doctrina mayoritaria suele fundar dicha exigencia en el art. 397 CC porque consideran que el máximo acto de alteración de la cosa común es la enajenación¹⁵⁸⁰ que no es sino una alteración jurídica¹⁵⁸¹, pero no falta doctrina autorizada que entiende que dicha exigencia de unanimidad se funda no en el art. 397 sino en el art. 399 CC¹⁵⁸² o incluso en el art. 597 CC¹⁵⁸³. Sea cual fuere el fundamento de dicha exigencia legal de unanimidad para enajenar la cosa común el problema es qué sucede cuando un comunero vende toda la

1573Ibíd. p. 117. En igual sentido, GIMÉNEZ DUART, T.: «La adquisición...», ob. cit. pp. 238, 361-362

1574RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a.E.: *Disposición...*, ob. cit. p. 238.

1575Ibíd. p. 119.

1576Ibíd. p. 117.

1577MERINO GUTIÉRREZ, A.: «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1995, p. 919.

1578 Ibídem p. 919.

1579 Ibídem p. 920.

1580Así, STS 25-06-1990 (TOL1.730.258); STS 19/12/1985 (TOL1.736.125).

1581OCALLAGHAM MUÑOZ, X. *Código Civil...*, 3^a ed..., ob. cit. p. 455.

1582ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1998; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «Comentario al art.397 del Cc.» en *Comentario... T. I.* ob. cit. p. 1088.

1583GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1984; ZAHINO RUIZ, M. L.: *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código civil*. Ed. Edersa. Madrid. 2002.

cosa común sin consentimiento de los demás. Se han propuesto las siguientes teorías:

1) Teoría sobre la invalidez de la venta de cosa común. La teoría clásica afirmaba la invalidez de la venta de cosa común por uno de los comuneros sin unanimidad. Dicha invalidez podía fundarse en argumentos que arrastraban la nulidad absoluta del contrato o en argumentos que implicaban la mera anulabilidad del mismo. Entre las sentencias del primer grupo se afirmó que el contrato era nulo bien por la carencia de objeto¹⁵⁸⁴, bien por la existencia de una patología causal¹⁵⁸⁵ bien por la infracción de un mandato expreso (art. 6.3 CC) cual es el contenido en el art. 397 CC que exige consentimiento de todos los condueños para disponer de la cosa común¹⁵⁸⁶. Entre las sentencias del segundo grupo se afirmaba que concurría, en atención al supuesto concreto, un error en el comprador sobre la ajenidad de la cosa que se vendió por el vendedor como propia¹⁵⁸⁷ o bien que existió dolo del vendedor que maliciosamente oculta al comprador el carácter ajeno de la cosa¹⁵⁸⁸.

2) Teorías sobre la validez de la venta de cosa común. En un primer momento, el TS -STS 28/3/ 2012- consideró válida la venta de cosa común dado «*el carácter puramente consensual y generador de obligaciones en que se basa el criterio jurisprudencial que declara la validez de la venta de cosa ajena (STS 7-3-1997)*»¹⁵⁸⁹. Posteriormente, dicho TS ha reforzado la argumentación favorable a la validez de la venta de cosa común sin consentimiento de todos los comuneros, ya que ahora en lugar de fundar dicha validez en la institución de la venta de cosa ajena, se hace en la naturaleza meramente obligacional del contrato de compraventa y en el principio de conservación de los contratos o «*favor contractus*» que se erige como un principio informador de nuestro sistema jurídico y que exige dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica¹⁵⁹⁰. Por último, la STS 15/01/2013 (TOL3.407.803) resaltarán dos aspectos esenciales de esta figura: Primero, que la validez conceptual de este tipo de compraventa se proyecta exclusivamente en el plano de su inmediata eficacia obligacional, y no alcanza a la posible eficacia jurídico-real que se pueda derivar de dicha compraventa. Es decir, el título es válido, pero dado que el comunero carece de poder de disposición, que es un elemento del modo y no del título, no tendrá lugar la transmisión del dominio al comprador¹⁵⁹¹. Segundo, que la validez de la compraventa deberá atender a las

1584En este sentido, STS 25/03/1988 (TOL1.735.684) y la jurisprudencia citada por PÉREZ GURREA, R.: «Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012», *RCDI n.º 734, nov. 2012*, pp. 3571-3572.

1585En este sentido, STS 25/03/1988 (TOL1.735.684) y STS 14/03/1983 (TOL1.738.802).

1586En este sentido, STS 25-06-1990 (TOL1.730.258).

1587Véase la jurisprudencia citada por PÉREZ GURREA, R.: «Validez...», ob. cit. pp. 3570-3571.

1588Así, STS 26/10/1981 (TOL1.739.579) y STS 21/5/1992 (TOL1.659.820).

1589STS 28/03/2012 (TOL2.503.388). Los principales argumentos elaborados por la doctrina en favor de la validez de la venta de cosa ajena son la noción de justo título para la usucapión corta, la existencia del saneamiento por evicción, el art. 33 LH, y la teoría del título y el modo. Vide CUENA CASAS, M.: «La validez...», ob. cit.

1590Así, entre otras, STS 15/01/2013 (TOL3.407.803); SAP Las Palmas, Secc. 5ª, de 24/02/2014 (TOL4.179.178); SAP Las Palmas, Secc. 5ª, de 12/07/2017 (TOL6.524.452); SAP Las Palmas, Secc. 5ª, de 17/07/2018 (TOL6.957.322); SAP Las Palmas, Secc. 5ª, de 12/04/2019 (TOL7.470.053).

1591CUENA CASAS, M.: «La validez...», ob. cit.: «*la ausencia de poder de disposición será un problema de modo, que hace ineficaz la tradición como modo de adquirir, permitiendo la supervivencia del título, como hecho justificativo de la adquisición*» y ello porque «*no es preciso tener poder de disposición para vender*». Así, como vimos al analizar la venta de un bien ganancial, entiende esta autora que la venta de cosa ajena (CUENA CASAS, M.: *Función...*, ob. cit. p. 410) y la venta de cosa común por

circunstancias de cada contrato de modo que, si en el concreto contrato la titularidad plena del vendedor sobre la cosa era, en la intención de las partes, un presupuesto esencial de la compraventa podrá interponerse una acción de anulación por error sustancial y excusable.

C) Comunidades de Propietarios.

Las comunidades de propietarios no pueden comprar un bien inmueble al carecer de personalidad jurídica¹⁵⁹² y, como consecuencia de dicha carencia, no pueden ser titular registral de un bien¹⁵⁹³. Así, dispone el artículo 11 RH que: «*No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*». No obstante, si bien no cabe inscribir una finca a nombre de la comunidad de propietarios, dada su ausencia de personalidad jurídica, ningún obstáculo habría para inscribir una adjudicación judicial de un inmueble que se hiciera a favor de los copropietarios en proporción a sus cuotas de participación en la Comunidad de Propietarios¹⁵⁹⁴.

Aunque parezca contradictorio, ello no significa que una Comunidad de Propietarios no pueda disponer de bienes inmuebles lo cual es realmente anómalo si se tiene en cuenta que el principio de tracto sucesivo exigiría que previamente estuviera inscrito el inmueble a su nombre y esto les está vedado por carecer de personalidad jurídica. Y así, está perfectamente admitido en nuestra práctica registral y notarial que la Comunidad pueda desafectar un elemento común no esencial (p. ej. la vivienda del portero) para su simultánea enajenación a un tercero debiendo adoptarse el acuerdo de desafectación por unanimidad de los copropietarios por cuanto supone una modificación del título constitutivo ya que, entre otras razones, obliga a recalcular el coeficiente de todos los elementos privativos del edificio que ahora contará con uno nuevo¹⁵⁹⁵. En todo caso, es doctrina de la DGRN que el nuevo elemento arrastra las cargas que afectaban a los elementos privativos ya existentes porque cualquier gravamen sobre los elementos privativos alcanza, a través de la cuota inseparable, asimismo a los elementos comunes por lo que la cancelación parcial de las hipotecas o embargos preexistentes solo podría realizarse con el consentimiento de sus titulares (art. 82 LH)¹⁵⁹⁶.

un comunero aislado (ibíd. p. 412) son válidas y eficaces precisamente por la naturaleza obligacional del título o contrato en el bien entendido que predicar la eficacia del título no significa predicar que tenga lugar la transmisión del dominio porque «*no es de esencia a la venta la producción de efectos reales*» (ibíd. p. 410) por lo que faltando el poder de disposición no tiene lugar la transmisión del dominio porque, aunque el título es válido y eficaz, es inválido e ineficaz el modo o *traditio* que es donde se localiza el poder de disposición (Ibíd. pp. 362 y 363).

1592MAGRO SERVET, V.: «¿Tienen personalidad jurídica las Comunidades de Propietarios?», en *Boletín "Propiedad Horizontal"* de 1-2-2011; MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: «La modificación del título constitutivo en la propiedad horizontal tras la ley 8/2013, de 26 de junio», *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013, p. 325.

1593Así, RDGRN 25/5/2005 (BOE 6-8-2005) con cita de numerosas RRDGRN y RDGRN de 23/6/2001 (BOE 21-8-2001).

1594Así, RDGRN 3/7/2013 (BOE 5-8-2013); RDGRN 2/9/2013 (BOE 4-10-2013); RDGRN de 4/10/2013 (BOE 7/11/2013) y RDGRN de 6/2/2014 (BOE 4-3-2014).

1595Así, entre otras, RDGRN de 4-6-2003 (BOE 29-7-2003); RDGRN 13-6-1998 (BOE 18-7-1998); RDGRN 28-2-2000 (BOE 23-3-2000) y RDGRN de 24/4/2014 (BOE 30-5-2014). En todo caso todo, si la falta de unanimidad se debe a la oposición obstinada de un condueño, guiado por razones de capricho, egoísmo o acomodo a sus intereses que contradicen los comunes o por el simple deseo de molestar, incordiar y hostigar a los demás cabe acudir, para evitar dicho abuso notorio del derecho, al juicio de equidad del art.16.2 LPH (actual art.17.7 LPH) [STS 13/03/2003 (TOL265.176); SAP Las Palmas, Sec. 5.^a, de 27/3/2009 (TOL1.623.188)].

1596Por todas, RDGRN de 4/6/2003 (BOE de 29-7-2003). En contra de esta doctrina del arrastre de cargas se ha manifestado *de lege lata* BOTIA VALVERDE, A.: «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la RDGRN de 4-6-2003)» en *R/JN* n° 49, enero-marzo 2004, pp. 300 y 301.

Por último, existe una excepción al principio de que las entidades sin personalidad jurídica no pueden inscribir a su favor inmuebles o derechos reales. Y ello es así, porque el RD-Ley 6/2010, de 9 de abril, que recogió el Pacto de Zurbano¹⁵⁹⁷, añadió un párrafo al apartado 2 de la DA 5ª de la Ley 3/1994, de 14 de abril estableciendo que: «*Los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos podrán ser titulares de cualesquiera otras cantidades, inmuebles, bienes (...). La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los Fondos de Titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos*». Dicho apartado nº 2 de la DA 5ª fue derogado por la letra d) de la DD de la Ley 5/2015, de 27 de abril, que ahora igualmente prevé que los fondos de titulización podrán adquirir activos por cualquier modo e inscribirlos a su nombre en el RP (art. 16.2 y 3). Por tanto, dichos fondos son una excepción al principio de que las entidades sin personalidad no pueden inscribir bienes inmuebles a su nombre.

Invalidez de la venta realizada por la Comunidad de Propietarios sin unanimidad.

Si la Comunidad de Propietarios desafecta un elemento común no esencial para su posterior venta sin cumplir los requisitos legales se plantea si el régimen de ineficacia debe ser la nulidad o la anulabilidad. La STS 13/03/2003 señala que la inobservancia de la regla de la unanimidad cuando esta sea requerida por Ley «*dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho*»¹⁵⁹⁸. Y ello porque el acuerdo es susceptible de sanación por el transcurso del plazo de caducidad que establece el art. 18.3 LPH y, además, añadido, porque el principio de conservación del negocio (en este caso del acuerdo) avala la aplicación excepcional de la nulidad de pleno derecho no siendo este uno de esos supuestos excepcionales en los que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*.

3.1.3.1.1.14 Las Juntas de Compensación.

1) Capacidad adquisitiva- Las JC, que adquieren personalidad jurídica una vez inscritas en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras (STS 19/9/1988 -Sala 3ª- TOL2.361.741), son entidades urbanísticas de derecho público, naturaleza administrativa y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines¹⁵⁹⁹. Colaboran con

1597Medidas acordadas por el Gobierno con distintos grupos parlamentarios que intentaban impulsar la recuperación de la economía. El nombre procede del Palacio de Madrid donde se negociaron.

1598STS 13/03/2003 (TOL265.176). En el mismo sentido, entre otras, STS 19/11/1996 (TOL1.658.597); STS 05/05/2000 (TOL4.927.128); SAP Las Palmas, Sec. 5.ª, de 27/3/2009 (TOL1.623.188) y la SAP de Sevilla, Secc. 6ª, 05/03/2012 (TOL2.564.195)

1599Con más precisión señala RASTROLLO SUÁREZ que las JC tienen una «*naturaleza formalmente jurídico-administrativa y funcionalmente híbrida en virtud de las actividades que llevan a cabo en el tráfico y que responden a los intereses presentes en el ente*» (RASTROLLO SUÁREZ, J.J.: *Poder público y propiedad privada en el urbanismo: La Junta de Compensación*. Ed. Reus. Madrid. 2013, p. 238). La jurisprudencia ha calificado a dichas JC como un supuesto de autoadministración (STS -Sala 3ª- de 11-3-1989 TOL2.372.900) por cuanto están formadas por particulares que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento, al ser delegadas por la Administración actuante para tal fin. Así, la STS 12-5-2005 -Sala 3ª- (TOL668.236) señala que las JC son «*agentes descentralizados de la Administración urbanística, [que] cumplen funciones públicas al actuar en lugar de la propia Administración*». No obstante, entiende GOMEZ MANRESA que, aunque estemos ante una figura de autoadministración, la asimilación a las Corporaciones de derecho público que ha sido defendido por un importante sector doctrinal no es adecuada porque las JC ejercitan funciones públicas de modo puntual y limitado a diferencia del carácter general y permanente que se ejercen por las Corporaciones públicas como son los Colegios profesionales y Cámaras oficiales (GOMEZ MANRESA, M.F.: *El particular en la gestión urbanística*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006, p. 122.) Por su parte, ABEL FABRE et al. prefieren calificarlas de «*corporaciones sectoriales de base privada*» por cuanto en su constitución prima el interés asociativo con ánimo de lucro (en ABEL FABRE, J. et al.: *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*. Ed. Wolters Kluwer,

la Administración, bajo cuya tutela actúan, en la ejecución del planeamiento y, en atención a la función pública que desarrollan, reciben de la administración, por la vía de la habilitación, unas concretas prerrogativas administrativas. Puesto que la incorporación de los propietarios a la JC no presupone, salvo disposición estatutaria en contra, la transmisión a la misma de los inmuebles afectados a los resultados de la gestión común cabe distinguir dos tipos de JC:

A. Con carácter general, la JC *«actúa como fiduciaria con pleno poder dispositivo sobre las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en los Estatutos»*¹⁶⁰⁰.

B. Cuando se establezca expresamente en los Estatutos, los propietarios pueden transmitir la propiedad de los terrenos en favor de la JC, recibiendo una cuota de participación en los derechos de adjudicación. Tras las obras de urbanización, los propietarios reciben la propiedad de las parcelas resultantes, proporcionalmente a sus cuotas participativas.

Además, la JC adquirirá por expropiación en calidad de beneficiaria las fincas de quien no se haya incorporado a la misma (art. 168.2 RGU); adquirirá los terrenos que el Proyecto de Compensación reserve a la Junta para hacer frente a los gastos de urbanización mediante su enajenación (art. 177.1 RGU) y, por fin, los inmuebles que adquiera durante la tramitación del procedimiento urbanizador.

2) Capacidad dispositiva- Respecto de los bienes que adquiera, la JC tiene plena capacidad para el cumplimiento de sus fines pudiendo realizar aquellos negocios que vayan dirigidos a la ejecución urbanística de las previsiones del Plan, finalidad del acto dispositivo que supone una limitación genérica para los mismos¹⁶⁰¹. Por otro lado, la JC tiene facultad de disposición (art. 177.1 RGU¹⁶⁰²) siendo necesario, para enajenar o hipotecar fincas de sus miembros, acuerdo del pleno de la JC salvo que la constitución de gravámenes y la enajenación conste prevista en los Estatutos como competencia de sus órganos rectores, en cuyo caso se entenderá que actúan en representación de aquélla, sin necesidad de acuerdo expreso (art. 177.3 RGU).

Invalidez de las enajenaciones realizadas por la JC sin los requisitos legales

Si la JC enajena terrenos para el pago a la empresa urbanizadora de las obras de urbanización con incumplimiento de las normas contenidas en los arts. 177 y concordantes del RGU entendemos que la sanción adecuada es la nulidad de pleno derecho que podrá ser instada incluso por la Administración actuante y tutelante, administración que no puede inhibirse ni dispensar de la obligación de urbanizar contenida en el planeamiento. Nulidad de pleno Derecho que deriva del carácter de

⁴ Ed. Barcelona, 2014, p. 118). En todo caso, el hecho de que la JC tenga naturaleza administrativa no significa que toda su actuación deba someterse a Derecho Administrativo y así las actuaciones de la JC que se realicen fuera del ámbito de sus funciones públicas se sujetarán al derecho privado (STS 24/5/1994 -Sala 3ª- TOL1.695.781). Por tanto, únicamente cuando la JC intervenga en funciones públicas delegadas de la Administración actuante estará revestida de naturaleza administrativa.

¹⁶⁰⁰ Así, art. 129.2 R.D. 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (declarada vigente por la STC 61/1997 de 20 de marzo).

¹⁶⁰¹ PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 63; ARNAIZ EGU-REN, R.: *Registro de la propiedad y urbanismo: estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995, p. 373.

¹⁶⁰² Artículo 177. 1 del RGU (Vigente): *«1. Para hacer frente a los gastos de urbanización, la Junta podrá disponer, mediante su enajenación, de los terrenos que se hubiesen reservado a tal fin en el proyecto de compensación»*.

orden público que tiene la materia de la ordenación urbanística¹⁶⁰³ y del hecho de que la ejecución del planeamiento que se realiza a través de los sistemas de actuación -en este caso mediante el sistema de compensación- es, como señala la STS -Sala 3ª- 11-3-1989 (TOL2.372.900), «claramente en nuestro ordenamiento jurídico una función pública». Por otro lado, si bien no es pacífico que cuando la JC contrate la ejecución de las obras de urbanización lo haga conforme a las normas de derecho privado¹⁶⁰⁴, creo que no cabe dudar que, cuando la JC vende a un tercero solares en virtud del art. 177 RGU para conseguir liquidez y poder pagar a la empresa urbanizadora las obras de urbanización, dicha venta se hará conforme a las normas de derecho privado «pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas» (STS, Sala 3ª, 30/10/1989, TOL2.375.440) sin perjuicio de que en la tramitación haya de ajustarse al art. 177 RGU.

Por tanto, las obras de urbanización a ejecutar en el Sistema de Compensación son a cargo de la JC (art.176 RGU) si bien bajo la vigilancia de la Administración actuante, siendo la JC responsable de la urbanización del polígono o unidad de ejecución asumiendo su coste (STS 29/09/1992, Sala 3ª, TOL1.677.427). Pero la ejecución

1603ABEL FABRE, J.et. al.: *El sistema...*, ob. cit. p. 556.

1604Doctrina y jurisprudencia están divididas sobre si los contratos de obra de urbanización, formalizados entre una JC y una empresa constructora, se sujetan al derecho privado o al administrativo sobre todo a raíz de que la STJCE de 12-7-2001 (Teatro Scala) que señaló que la adjudicación de un plan de urbanización a un particular constituye un contrato público de obras y debe respetar la normativa comunitaria sobre contratación pública, siendo indiferente que la entidad adjudicataria de la obra pública sea un particular, o una entidad encomendada, mediante licencia, a desarrollar un proceso de adjudicación (vide TORRES MARTINEZ, J.: *Tratado Técnico-Jurídico de la edificación y del Urbanismo* T. IV. Ed. Aranzadi. 2010, pp. 444 y ss.). Han defendido que la contratación de las obras de urbanización, por parte de las JC, no deben someterse a las normas de contratación pública, entre otros, BLANC CLAVERO, F.: «La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa», *RDA*, núms. 261-262. INAP. 2002, pp. 146 y 164; BUSTILLO BOLADO, R. O.: «Derecho Urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12-7-2001», *RUE*, núm. 5, 2002, pp. 123, 132 y 133; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001» en *RDA*, núms. 261-262. INAP. 2002, pp. 20 y 24); PARDO ÁLVAREZ, M.: «El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», en *RDUMA*, núm. 198, 2002, pp. 34, 35 *et passim*; PAREJO ALFONSO, L.: «La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del "urbanizador" en su concreta versión original, la de la legislación valenciana», *RDA*, núms 261-262. INAP. 2002. pp. 80 y ss, 93, 97 y 98; PIZARRO NEVADO, R.: «Sistema de compensación» en la obra *Fundamentos de Derecho urbanístico*. T. I. Ed. Aranzadi [2ª ed.] 2009, p. 744; SANTOS DíEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, Ed. El Consultor. Madrid. 2001. Existen, por otro lado, diversas sentencias de la Sala 1ª del TS que deciden sobre incumplimientos de contrato, o reclamaciones de precio de obras de urbanización contratadas por JC a empresas constructoras, sin entrar a valorar cuestiones de posible incompetencia de ese orden que no fueron alegadas por las partes [p.ej., STS de 20/12/1988 (ROJ 9533/1988), de 3/7/1997 (ROJ 4715/1997), de 8/2/2001 (ROJ 813/2001), de 12/12/2002 (ROJ 8378/2002) y de 19/9/2008 (ROJ 5022/2008)]. Por contra, han defendido que cuando un sujeto determinado asuma la ejecución de la obra urbanizadora ésta tendrá siempre el carácter, también, de contrato de Derecho público, entre otros, ASÍS ROIG, A.E.: «Caracterización de la función de urbanización» *RDA*, nº 261- 262. INAP. 2002, p. 227; GÍMENO FELIÚ, J.M.: «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública» *RAP* núm. 173. Madrid, mayo-agosto 2007, pp. 92 y 94; GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Gestión del planeamiento y contratos administrativos» *RDA*, nº. 261-262. INAP. 2002. p. 66; ESCRIVÁ CHORDA, R. *La figura del "urbanizador"*. Cuadernos de urbanismo. Ed. Montecorvo. Madrid. 2003, pp. 87-94; MAZAN BAEZA, R.: «Jurisdicción aplicable a las Juntas de Compensación en el contrato de obras de urbanización». Ed. electrónica de Univ. Internacional de Andalucía. 2012, pp. 35 y ss.; TEJEDOR BIELSA, J.C.: «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», en *REDA* núm. 112 (octubre-diciembre 2001), pp. 610-611; del mismo autor, «Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico entre la anomalía y la excepción», en *REDA* núm. 181 (enero-abril 2010), pp. 83-133. Asimismo, existe jurisprudencia que examina la falta de competencia civil sobre cuestiones derivadas del contrato de obra de urbanización (STS 28/2/2007 -Sala 1ª- TOL1.044.143; STS 19/7/2007 -Sala 1ª- TOL1.123.934; y de 23/6/2010 -TOL1.946.626).

material de las obras de urbanización corresponde a la empresa urbanizadora que contrate la JC (como hemos visto con doctrina no pacífica sobre si dicha contratación es de derecho público o privado) pudiendo esta última, para hacer frente a los gastos de urbanización (definidos en arts. 58 a 66 RGU) y señaladamente para pagar a la empresa urbanizadora, disponer de los recursos propios que aportaron los junteros y enajenar, entre otros, los terrenos que, a tal fin, se reserven en el Proyecto de Compensación (177.1 RGU) siendo aplicable las normas de Derecho Privado si bien debiendo cumplirse lo dispuesto en el art. 177 RGU y debiendo ser la finalidad del negocio dispositivo la ejecución urbanística de las previsiones del Plan. Si no se cumple en dicha enajenación a terceros de inmuebles los requisitos legales previstos en la legislación imperativa urbanística o en el plan, que tienen naturaleza normativa y carácter de orden público, la enajenación será nula de pleno derecho en atención a los intereses de orden público que la actividad urbanizadora implica y la administración actuante en ejercicio de sus facultades de policía (art. 175. 3 RGU) podrá instar la acción de nulidad de la enajenación ante el orden civil de la jurisdicción¹⁶⁰⁵.

3.1.3.1.1.15 Entes eclesiásticos.

El art. 38.1 CC, reconoce la capacidad de las personas jurídicas en general para adquirir y poseer bienes de todas clases y señala en su párrafo 2º que *«la Iglesia se regirá en este punto por lo concordado entre ambas potestades»*. Esta remisión se concreta en el AAJ de 3/1/1979 que reconoce la personalidad jurídica de las Diócesis, Parroquias y otras circunscripciones territoriales en cuanto la tengan canónica y esta sea notificada a los órganos competentes del Estado (art. I.2.) y reconoce la personalidad jurídica de la Conf. Ep. Esp. (art. I.3.) y la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de ciertas Órdenes, Congregaciones religiosas y otros IVC y sus Provincias y Casas (art. I.4.) remitiendo *«en cuanto a la extensión y límite de su capacidad de obrar, y por tanto, de disponer de sus bienes»* a la legislación canónica, *«que actuará en este caso como derecho estatutario»* (art. I.4 apdo. 2 i.f.)¹⁶⁰⁶.

Esta remisión a la legislación canónica se concreta en los c. 1254 y ss. del CDC de 25/1/1983 que reconoce a la Iglesia Católica y a las distintas personas jurídicas, públicas y privadas, que la integran plena capacidad para adquirir, retener, administrar y enajenar bienes temporales, según la norma jurídica (c. 1254 y 1255). Y añade que: *«el dominio de los bienes corresponde, bajo la autoridad suprema del Romano Pontífice, a la persona jurídica que los haya adquirido legítimamente»* (c. 1256).

A. Capacidad adquisitiva. Señala el c. 1259: *«La Iglesia puede adquirir bienes temporales por todos los modos justos, de derecho natural o positivo, que estén permitidos a otros»* por lo podrá adquirir por todos los medios que señala el art. 609 CC.

¹⁶⁰⁵De *«negocio jurídico dispositivo»* expresamente califica MARTIN BLANCO la venta de terrenos que prevé el art. 177.1 RGU y que podrá darse a favor de terceras personas -que es el supuesto contemplado en 177.1- o mediante la cesión de terrenos edificables a la Administración en pago de todos o parte de los costes de urbanización (art. 62 RGU). En todo caso, añade, la validez de dicho negocio jurídico dispositivo exige que el acuerdo de enajenación se adopte por la JC con el quorum y demás requisitos establecidos en los Estatutos de la Junta» [MARTIN BLANCO, J.S.: *La compensación urbanística (Principio y sistema)*. Coed.: Facultad de Derecho de la UCM e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid. 1985, p. 364].

¹⁶⁰⁶Como señala la SAP Madrid (Secc. 14ª) de 30/9/2013 (TOL4.062.532) si bien el CDC no es fuente del ordenamiento español, sí lo son los Acuerdos entre el Estado Español y la Iglesia Católica de 3-1-1979, Acuerdos que, puesto que fueron ratificados por España y publicados en el BOE, son de plena aplicación en España en virtud de lo dispuesto en el art. 1.5 CC y en el art. 96 CE.

B. Capacidad dispositiva. Comienza diciendo el c. 1290, en lo que se ha denominado la canonización de las leyes civiles¹⁶⁰⁷, que: «*lo que en cada territorio establece el derecho civil sobre los contratos [...] y sobre los pagos, debe observarse con los mismos efectos en virtud del derecho canónico en materias sometidas a la potestad de régimen de la Iglesia, salvo que sea contrario al derecho divino o que el derecho canónico prescriba otra cosa, quedando a salvo el c. 1547*». Por tanto, dado que el CDC de 1983 renuncia a legislar sobre contratos debemos considerar como legislación canónica la legislación civil sobre la materia¹⁶⁰⁸ siempre que no se oponga al derecho canónico¹⁶⁰⁹ y, entre dichas normas, se encuentran, entre otras, las relativas a la teoría general del contrato (arts.1254 y ss. CC) y a su nulidad (arts.1300-1314 CC). No obstante, como señala la RDGRN de 25-9-2007, las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas tienen autonomía y pueden establecer sus normas de organización y régimen interno (art. 6 LOLR) de modo que será el CDC el aplicable para determinar la capacidad de la Diócesis para la enajenación de sus bienes (cfr. art. 9.11 CC)¹⁶¹⁰. Hay que distinguir:

B1. Personas jurídicas públicas. — El Derecho Canónico exige determinados requisitos de validez y de licitud¹⁶¹¹:

a) Requisitos de validez. De acuerdo con el c. 1291 «*Para enajenar válidamente bienes que por asignación legítima constituyen el patrimonio estable de una persona jurídica pública y cuyo valor supera la cantidad establecida por el derecho, se requiere licencia de la autoridad competente conforme a derecho*¹⁶¹²».

¹⁶⁰⁷Así, BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*. Ed. EDICEP. Valencia. 2006, p. 37. Dicha canonización de las leyes civiles está contenida en términos más generales en el c. 22 CDC 83 que señala que: «*Las leyes civiles a las que remite el derecho de la Iglesia, deben observarse en derecho canónico con los mismos efectos, en cuanto no sean contrarias al derecho divino ni se disponga otra cosa en el derecho canónico*».

¹⁶⁰⁸Así, BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. p. 39.

¹⁶⁰⁹Señaladamente se opone la legislación civil a la canónica en materia de prescripción porque el derecho canónico, a diferencia de nuestro derecho civil (cfr. art. 1959 CC), no admite la usucapión de mala fe (c. 198). En tales casos, de acuerdo con lo dispuesto en los c. 22 y 1290 CDC 83 primará el derecho canónico; cuestión distinta será la eficacia civil de esa actuación (BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. p. 40; MOSTAZA RODRIGUEZ, A. «Derecho patrimonial canónico» en V.V.A.A. *Derecho canónico. Vol. I*. Ed. EUNSA. Pamplona. 1974, pp. 338).

¹⁶¹⁰RDGRN de 25-9-2007 («BOE» de 15-10-2007).

¹⁶¹¹Como señala BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. p. 63 son requisitos de validez los contenidos en los c. 1291 y 1292, 1, 2 y 3 y de licitud los contenidos en los c. 1292.4, 1293 y 1294. La diferencia está en que para que un requisito afecte a la validez debe establecerse expresamente (c. 10) y así mientras que el c. 1291 dice «*para enajenar válidamente*», por contra los c. 1293 y 1294 no establecen expresamente que dichos requisitos afecten a la validez y, por tanto debe entenderse que solo afectan a la licitud. Señalaba NAVARRO VALLS en relación con el CDC de 1917 pero extensible al de 1983 que: «*son condiciones necesarias para la licitud: la evaluación de la cosa hecha por escrito por peritos hábiles (c. 1.530, 1), las oportunas cautelas que los órganos de control puedan tomar para que del acto no se siga daño para la Iglesia (...) y, por fin, la exigencia de una justa causa. Para que el acto, además de lícito sea válido, es necesario, a tenor del c. 1.530, la licencia del legítimo superior*» (NAVARRO VALLS, R.: «La licencia en la enajenación canónica y el derecho español» en *Ius Canonikum* 1970, pp. 347-348).

¹⁶¹²Sobre la asignación legítima de bienes al patrimonio estable vid. ZALBIDEA GONZALEZ, D.: «El patrimonio estable en el CIC de 1983» en *Ius Canonikum*, XLVII, n. 94, 2007, p. 583. Dicho «*patrimonio estable*» se compone por los «*bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que le son propios*» si bien no cabe determinar *a priori* y con reglas absolutas la noción de estabilidad que dependerá de las circunstancias concretas de cada momento (LÓPEZ ALARCÓN, M.: «canon 1285», en *Código de Derecho Canónico* [6ª ed.] Ed. EUNSA. Pamplona. 2001, p. 796). Vide también sobre el concepto de patrimonio estable, BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. p. 45-51 que entiende que el patrimonio estable se refiere a bienes que por su naturaleza, función o destino deben ser conservados y si bien normalmente se tratará de inmuebles no siempre será así (ibíd. p. 46). No obstante, el mismo

Por tanto, para enajenar bienes cuyo valor no supere el límite mínimo no es necesaria licencia si bien existen concretas prohibiciones de disponer en los c. 1190 y 1298¹⁶¹³; para enajenar bienes cuyo valor se encuentre entre los límites mínimo y máximo es necesaria licencia otorgada por la autoridad competente que es la determinada, dice el c. 1292 § 1, por los propios estatutos si se trata de personas jurídicas no sujetas al Obispo diocesano o este, con los consentimientos que dicho canon prevé, si se trata de personas jurídicas sometidas al Obispo diocesano¹⁶¹⁴; y, por último, «*si se trata de bienes cuyo valor es superior a la cantidad máxima, o de exvotos donados a la Iglesia, o de bienes preciosos por razones artísticas o históricas, se requiere para la validez de la enajenación también la licencia de la Santa Sede*» (c. 1292§ 2). Obviamente si se trata de bienes preciosos por razones artísticas o históricas habrá de observarse, también, lo dispuesto en la LPHE¹⁶¹⁵.

b) Requisitos de licitud. Junto a los requisitos de validez que acabamos de señalar, los c. 1292.4, 1293 y 1294 prevén otros de simple licitud que carecen de eficacia civil. Tales requisitos, cuando el valor de los bienes supere la cantidad mínima establecida, son: causa justa (p. ej. evidente utilidad o urgente necesidad, la piedad, la caridad u otra razón pastoral grave); tasación pericial por escrito y, finalmente, las cautelas prescritas por la legítima autoridad¹⁶¹⁶. En los supuestos en que la enajenación cumpla los requisitos de validez, pero no de licitud la misma producirá plenos efectos jurídicos en el ámbito civil sin perjuicio de la responsabilidad, a tenor del c.1281.3 CDC, de los administradores.

B2. Personas jurídicas privadas. En virtud del c. 1257 § 2. «*Los bienes temporales de una persona jurídica privada se rigen por sus estatutos propios, y no por estos cánones, si no se indica expresamente otra cosa*».

B3. Institutos de Vida Consagrada. Señala el c. 635 que los bienes temporales de los institutos religiosos se rigen por los c. 1254-1310 salvo «*que se establezca expresamente otra cosa*» añadiendo el c. 638 § 3 una especialidad al señalar que «*para la validez de una enajenación o de cualquier operación en la cual pueda*

autor reconoce que dicho concepto de patrimonio estable está «desajustado» (ibíd. p. 49).

1613De acuerdo con el c. 1190 § 1: «*Está terminantemente prohibido vender reliquias sagradas. § 2. Las reliquias insignes, así como aquellas otras que gozan de gran veneración del pueblo no pueden en modo alguno enajenarse válidamente o trasladarse a perpetuidad sin licencia de la Sede Apostólica. § 3. Lo prescrito en el § 2 vale también para aquellas imágenes que, en una iglesia, gozan de gran veneración por parte del pueblo*». Y de acuerdo con el c. 1298: «*Salvo que la cosa tenga muy poco valor, no deben venderse o arrendarse bienes eclesiásticos a los propios administradores o a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o de afinidad, sin licencia especial de la autoridad eclesiástica competente dada por escrito*», vide sobre esta prohibición BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. pp. 114-118 quien considera que este canon sólo es válido para aquellas enajenaciones o arrendamientos que no alcancen la cuantía mínima fijada por el derecho porque, de alcanzarla, debe contarse con la licencia establecida en los c. 1291-1292 (ibíd. p. 115).

1614Desde el 30/3/2007 entró en vigor la modificación del art. 14.2 del Decreto General de la Conf. Ep. Esp., referente a los límites mínimo y máximo que pueden autorizar los Obispos para enajenar bienes eclesiásticos ex c. 1292, quedando fijado el límite mínimo en 150.000 €, y el máximo en 1.500.000 €.

1615Vide sobre este requisito SJPI 1 Huesca 08/04/2015 (TOL4.809.670).

1616NAVARRO VALLS. R.: «La licencia...», ob. cit. pp. 348-349 considera, con cita de Vromant, que el Diocesano puede fijar ciertas cautelas en su diócesis para los contratos dispositivos pero no puede establecerlas de modo que su inobservancia conlleve la nulidad del contrato. MANTECÓN ejemplifica alguna de dichas cautelas: «*urgir al afianzamiento de los pagos futuros o aplazados, cláusulas de actualización monetaria para estos mismos casos, cláusula resolutoria o condición de invalidez en el fuero civil si hubiera invalidez canónica (para evitar que se dé la hipótesis contemplada en el c. 1296) etc.*» (MANTECÓN, J.: «Comentario al c. 1293» en V.V.A.A. *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. Vol. IV/1, EUNSA [2ª ed.]. Pamplona. 1996. p.163).

sufrir perjuicio la condición patrimonial de una persona jurídica, se requiere la licencia del Superior competente dada por escrito, con el consentimiento de su consejo. Pero si se trata de una operación en la que se supere la suma determinada por la Santa Sede para cada región, o de bienes donados a la Iglesia, a causa de un voto, o de objetos de gran precio por su valor artístico o histórico, se requiere además la licencia de la misma Santa Sede». Por tanto, los IVC tienen dos especialidades con relación al régimen común ya analizado: primero, que no fijan mínimo legal siendo, en todo caso, necesaria licencia por escrito del Superior competente, con consentimiento de su consejo. Y, segundo, que la cuantía a partir de la que ya se exige licencia de la Santa Sede no lo determina la Conf. Ep. Esp., sino la propia Santa Sede¹⁶¹⁷.

Invalidez de las enajenaciones realizadas con infracción de un requisito canónico de validez.

En las ventas realizadas con infracción de las normas sobre licencia el problema no es la sanción (la invalidez), el problema es que, partiendo de la canonización de las normas civiles sobre contratos -y por tanto sobre invalidez- que contiene el c. 1290 y 22, habrá que determinar si en el caso español, y sin perjuicio de las penas canónicas a los que puede dar lugar (vid. c. 1377 CDC 1983), se trata de una nulidad ex art. 6.4 CC (insubsanable), de una nulidad ex art.1259,2 CC (ratificable), de una anulabilidad relativa provocada regulada en los arts 1300 y ss. del CC o de una invalidez atípica. Se han vertido las siguientes teorías:

1) Teoría de la nulidad de pleno derecho. Ha sido defendida tanto por canonistas como por nuestra jurisprudencia civil. Entre los los canonistas, señala p.ej. OLIS ROBLEDA que la venta realizada sin la licencia prescrita es inválida, pero dicha invalidez no conlleva inexistencia del negocio (porque entonces no cabría debatir si puede sanarse) sino nulidad debiendo centrarse el debate en si se trata de una nulidad susceptible de sanación simple o no¹⁶¹⁸. A favor de la nulidad susceptible de sanación simple se ha mostrado un importante sector doctrinal porque la licencia, entienden, no es absolutamente imprescindible que tenga lugar antes del negocio pudiendo, excepcionalmente, otorgarse después¹⁶¹⁹; por contra, tanto la Sagrada Congregación del Concilio en 1919¹⁶²⁰ como OLIS ROBLEDA consideran que la nulidad generada por la ausencia de licencia preceptiva sólo puede sanarla la Santa Sede, dispensando de aquella formalidad, es decir, se trataría de una sanación *in radice*¹⁶²¹. Nuestra jurisprudencia ha defendido, igualmente, la nulidad de pleno derecho de la venta realizada sin la licencia prescrita porque, entiende la STS 06/07/1976 (TOL4.248.989), dicha enajenación contravendría un canon (en la sentencia aludida era el c. 1530 del CDC de 1917 y actualmente serían los c. 1291 y ss CDC 1983) que tiene la consideración de norma imperativa o prohibitiva a los efectos del art. 6.3 CC (entonces del art. 4.3 CC). También se ha mostrado a favor de la nulidad de pleno derecho de dichas ventas la STS 27/02/1997¹⁶²² y la SAP de Madrid [14^a] de

1617Si la Santa Sede no fija esa cifra máxima los Institutos religiosos deberían atenerse a la cuantía fijada por la Conferencia episcopal de cada nación (DE PAOLIS, V.: «Alienazione (Alienato)» en *Nuevo Diccionario di Diritto Canonico*. Ed. San Paolo. 1993, p. 12).

1618ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. p. 168-169

1619Sobre los argumentos a favor de la tesis favorable a la sanción simple de la nulidad por falta de licencia precia *vide* ROBLEDA, O.: *La nulidad...*, ob. cit. pp. 169-175.

1620Vide ROBLEDA, *La nulidad...*, ob. cit. p. 169.

1621Ibid. pp. 175-183.

1622STS 27/02/1997 (TOL215.246). La STS 27/02/1997 negó que, en ese caso concreto, existiera nulidad absoluta en su forma de inexistencia porque no hubo infracción del art. 1261 CC y se había cumplido el art. I. 4 pfo 2º del Acuerdo de 3-1-1979. Por otro lado, la referida sentencia se quita de encima la

30/9/2013 (TOL4.062.532), sentencia esta última que, con expresa mención de la sentencia de 1997, se inclina por la tesis de la nulidad absoluta, en su modalidad de inexistencia del contrato derivada de la ausencia de consentimiento en caso de incumplimiento de los requisitos del CDC sobre la licencia.

Pero esta interpretación protectora de los bienes de la Iglesia y favorable a la inexistencia o a la nulidad absoluta de la venta realizada sin la licencia prescrita no parece aceptable por varias razones: primero, por los problemas jurídicos y prácticos ya analizados que plantea la inexistencia; segundo, por la excepcionalidad de la nulidad de pleno derecho exigida por el principio de conservación del negocio, no siendo este uno de los supuestos excepcionales en que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*; tercero, porque no parece razonable extender la legitimación activa de la acción de nulidad más allá del órgano cuya licencia se omitió; cuarto, porque los intereses tutelados son privados y las normas del CDC que regulan la capacidad como derecho estatutario no son de *ius cogens* ni orden público; quinto, porque la actuación sin licencia es conceptualmente análoga¹⁶²³ a la realizada por el *falsus procurator* que obra sin poder por lo que no se entiende por qué ha de negársele la posibilidad de confirmar el acto (si entendemos se trata de un supuesto de anulabilidad) o de ratificarlo (si entendemos que se trata de una ineficacia del art. 1259.2 CC)¹⁶²⁴; y en sexto y último lugar, porque no parece que se trate de una invalidez apreciable de oficio.

2) Teoría de la ineficacia del art. 1259.2 CC. Descartada la teoría de la nulidad absoluta y de la inexistencia, la teoría de la ineficacia del art. 1259.2 CC parece preferible a la teoría de la anulabilidad por tres motivos: primero, porque la anulabilidad se configura en nuestro derecho como una forma de invalidez que tiene lugar cuando, aun concurriendo los requisitos esenciales del art. 1261 CC, el negocio adolece de «*alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*» (art. 1300 CC). Y los supuestos de venta sin licencia prescrita no son, desde luego, uno de esos vicios. Segundo, porque el negocio anulable es eficaz desde su perfección y obliga a quien ha padecido el vicio a impugnarlo porque, de lo contrario, su silencio sanaría el vicio una vez transcurrido el plazo de caducidad o prescripción; por contra, el negocio ineficaz ex art. 1259.2 CC tiene la enorme ventaja de que no es preciso impugnar la validez del negocio (que aún no ha nacido) para que no perjudique al *dominus*. Y tercero, porque el CDC (c. 124-128) sólo reconoce la nulidad y no la anulabilidad. No existe la anulabilidad en Derecho canónico, únicamente la nulidad.

pretensión del recurrente que ejercitaba la acción de anulabilidad de los art.1301 y ss. porque, para el caso de que se tratara de dicha forma de invalidez, habría transcurrido el plazo de 4 años del art.1301,1 CC. Por tanto, se deduce *a contrario sensu* de dicha sentencia que si se hubieran incumplido los requisitos establecidos en el CDC –licencia eclesiástica en caso de disposición cuando resulta aplicable la legislación canónica como derecho estatutario- existiría nulidad absoluta por inexistencia (derivada de la ausencia de consentimiento, art. 1261 CC) y no anulabilidad y que las consideraciones que hace sobre la anulabilidad las realiza a efectos meramente dialécticos (es decir, que aunque se aceptara en ese caso que era anulable tampoco procedería porque, en ese caso, habría prescrito). En el mismo sentido de entender que la sentencia no considera la sanción procedente como de anulabilidad *vide* ALDANONDO SALAVERRIA, I.: «La enajenación...», ob. cit. p. 202.

¹⁶²³Análoga pero no idéntica porque en los supuestos de *falsus procurator* el bien pertenece al *dominus*, mientras que en la venta eclesial sin licencia el bien pertenece al enajenante -c. 1256-. Así todo, la exigencia de licencia atenúa dicho derecho de propiedad porque difícilmente cabe calificar como propiedad (como *plena in re potestas*) un derecho que exige para venderlo el consentimiento de un tercero.

¹⁶²⁴Como señala BENEYTO el término licencia debe entenderse como auténtica autorización, como una declaración de voluntad necesaria para la eficacia jurídica de la enajenación. Sin ella, el representante jurídico de la persona jurídica no tiene capacidad suficiente para realizar el acto enajenatorio (BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación...*, ob. cit. p. 77; en el mismo sentido, MORENO ANTON, M.G.: *La enajenación...*, ob. cit. p. 43).

3) Teoría de la falta de poder de disposición. Considera VAZQUEZ DE CASTRO que, en virtud de la remisión del c. 1290 al Derecho civil y la previsión del c. 1271.2 de que los bienes temporales de una persona jurídica que tenga estatutos se registrará por sus estatutos propios y no por los cánones, en la venta de un bien eclesiástico por un religioso (persona física) sin la preceptiva licencia estamos ante un caso de falta de poder de disposición y si la venta la realiza una entidad religiosa (persona jurídica privada) la falta de representatividad de los órganos gestores no puede afectar a terceros que desconocían esos límites y contratan de buena fe ante un representante aparente sin perjuicio de la responsabilidad interna del disponente. «*Está claro, concluye este autor, que estas situaciones no pueden ser determinantes de la nulidad de pleno derecho, y menos aún apreciarla de oficio el tribunal*»¹⁶²⁵.

4) Toma de postura. A nuestro juicio desde los estrictos límites de la teoría bipartita de las nulidades es imposible dar una solución satisfactoria al régimen de invalidez de la venta de bienes eclesiásticos sin la licencia prescrita. La tesis de la nulidad absoluta de pleno derecho no parece aplicable porque, como hemos visto, el principio de conservación del negocio exige la aplicación excepcional de dicha figura no siendo este uno de esos supuestos excepcionales en los que se vea comprometido una norma imperativa de *ius cogens*. Tampoco considero aplicable la invalidez del art. 1259.2 CC porque dicho precepto permite al tercero que contrató con el ente eclesiástico revocar, en el peor de los casos durante un largo periodo de tiempo y con grave perjuicio de la seguridad jurídica, el negocio que quedaría incompleto y pendiente del consentimiento del *dominus* -la ratificación-. Por último, la teoría de la anulabilidad ofrece la desventaja de que dicha forma de invalidez no está reconocida por la legislación canónica y de que, aunque se reconociera a efectos dialécticos, el negocio anulable despliega todos sus efectos entre las partes hasta que recaiga la sentencia y ello a pesar de que no existía licencia previa. Por eso, entiendo que la solución, en este caso, es huir de la concepción bipartita de las nulidades y configurar una invalidez atípica relativa¹⁶²⁶, de pleno derecho, susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad) prescribible y que al amparar un interés particular -el de la Iglesia- no podrá apreciarse de oficio. Las razones de dichos caracteres son los ya expuestos con relación a los contratos celebrados por los padres con vulneración del art. 166 CC por lo que nos remitimos allí para su estudio.

3.1.3.1.16 Asociaciones confesionales no católicas.

El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. En desarrollo de tal precepto, se promulgó la LOLR de 5/7/1980, ley aplicable tanto a la Iglesia católica (subsidiariamente a los Acuerdos de 1979), como a las confesiones no católicas. Dicha Ley señala que las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público (art. 5 LOLR) y también prevé que el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, pueda establecer, mediante Ley, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado

¹⁶²⁵VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 293-294.

¹⁶²⁶El interés protegido, como hemos visto, es el particular de la Iglesia y no de orden público por lo que sólo a ella debe concedérsele la acción de invalidez y debe admitirse la posibilidad de que la misma pueda convalidar la ausencia de licencia previa.

notorio arraigo en España (art. 7.1 LOLR)¹⁶²⁷. En todo caso, la situación de la Iglesia Católica y la de las asociaciones confesionales no católicas no es idéntica porque, como hemos visto, los acuerdos con la Iglesia Católica tienen consideración de Tratado Internacional (y, por tanto, su modificación o derogación debería sujetarse a lo dispuesto en el Tratado o en las normas del Derecho internacional), mientras que los acuerdos de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que gocen de notorio arraigo en España tendrán rango de ley especial ordinaria (firmados al amparo de la LOLR) y, por tanto, pueden modificarse por otra ley posterior¹⁶²⁸.

En cuanto a la enajenación de bienes por las confesiones no católicas inscritas en el RER señala el art.6 LOLR: «1. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal». Por tanto, la enajenación y gravamen de sus respectivos bienes se sujetan a las reglas generales y a las que resulten de los estatutos de la entidad titular (siempre que no contraríen la Ley). En todo caso, señala la RDGRN de 25-6-1992 (BOE 17-7-1992), que para inscribir una enajenación en el Registro será necesario acreditar al Registrador, mediante certificación registral o testimonio notarial, la inscripción de la Entidad en el RER y acompañar «el documento auténtico de fundación o establecimiento en España de la Entidad, del que resulte su régimen de funcionamiento, y el de sus órganos representativos, con expresión de sus facultades, así como los documentos que acrediten la válida designación de las personas que han de desempeñarlos»¹⁶²⁹.

3.1.3.1.2. Capacidad en los negocios dispositivos gratuitos intervivos sobre bienes inmuebles.

Breve introducción.- Si en el apartado anterior hicimos referencia a los problemas de capacidad en los negocios dispositivos onerosos intervivos sobre bienes inmuebles en este aludiremos a los problemas de capacidad cuando dicho negocio jurídico en lugar de ser oneroso es gratuito. Los actos onerosos se distinguen de los gratuitos según que la atribución patrimonial de una de las partes vaya acompañada o no de una contraprestación: en los actos a título oneroso existe sacrificio y correlativas ventajas para ambas partes; por contra, en los actos a título gratuito existe sacrificio para una parte y ventaja o desplazamiento patrimonial para la otra. Dicha diferencia entre ambos tipos de negocios determinará que la teoría de la invalidez presente especialidades cuando el negocio es a título gratuito. Y ello por dos razones: primero, porque en estos negocios gratuitos cabe sostener el agravamiento con carácter general de la sanción de invalidez ya que la gratuidad del título de adquisición hace al tercero, donatario, que no ha realizado ningún sacrificio patrimonial menos digno de tutela que al adquirente a

¹⁶²⁷Para conseguir la aprobación de la solicitud de reconocimiento de notorio arraigo por parte de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, una confesión debe acreditar: un número relevante de practicantes en España; un tiempo considerable de presencia en el país y su grado de difusión. Actualmente tienen reconocido notorio arraigo el islam, el judaísmo y el protestantismo que alcanzaron dicho reconocimiento en 1989. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días lo obtuvo en 2003, los Testigos Cristianos de Jehová en 2006, la Federación de Entidades Budistas de España en 2007 y la Iglesia Ortodoxa en 2010. Dicha declaración de notorio arraigo se regula por RD 593/2015, de 3 de julio.

¹⁶²⁸Hasta la fecha se han firmado tres acuerdos de cooperación todos ellos de 12/11/1992: con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Comisión Islámica de España y con la Federación de Comunidades Judías de España. La DF 6.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, cambió el nombre de este último acuerdo que antes se denominaba «Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España» y ahora «Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España».

¹⁶²⁹RDGRN de 25-6-1992 (BOE de 17-7-1992).

título oneroso que sí ha realizado dicho sacrificio y que, por ello, puede verse más perjudicado por una invalidez absoluta o relativa de pleno derecho del negocio. Y segundo, e íntimamente ligado con lo anterior, porque el principio de conservación del negocio (*favor contractus*) que avala en los negocios a título oneroso la aplicación excepcional de la nulidad de pleno derecho no es aplicable con el mismo rigor en los negocios a título gratuito. Dicho «*favor contractus*» es un canon hermenéutico que inspira los contratos onerosos, pero no los gratuitos; aquellos para facilitar el tráfico patrimonial, la seguridad jurídica y para salvaguardar los legítimos intereses de la otra parte que ha realizado un sacrificio patrimonial han de ser siempre interpretados tratando de dar preferencia a las soluciones que permitan mantener la validez estructural y la eficacia funcional del negocio (así, STS 28/10/2014, TOL4.561.606) siendo aconsejable, si se puede salvar el negocio, la validez a la invalidez y si no puede salvarse, aquellas formas más atenuadas de invalidez¹⁶³⁰. Sin embargo, en los contratos gratuitos, dado que una de las partes no ha sufrido ningún sacrificio patrimonial, no es preciso tratar de salvaguardar a toda costa la validez del negocio. Esta distinta protección se contiene, p. ej., en las normas de interpretación de dudas sobre el negocio gratuito y oneroso porque, de acuerdo con el art. 1289 CC, en caso de duda irresoluble sobre un elemento accidental del contrato gratuito esta se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos e intereses¹⁶³¹, mientras que si es oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Por todo ello, con relación a los contratos gratuitos, señaladamente con relación al contrato de donación¹⁶³², la invalidez de pleno derecho será, a diferencia de lo que sucede en los contratos onerosos, la norma general y no la excepción si bien dicha nulidad de pleno derecho del contrato, y a la vista de los intereses particulares en juego, no será, a mi juicio, tanto una nulidad absoluta insubsanable de pleno derecho cuanto una nulidad relativa convalidable de pleno derecho ya que si el interés jurídicamente protegido es el de un determinado sujeto y este dice que vale el negocio este debe valer debiéndose permitir que el sujeto afectado pueda disponer de dicho interés privado renunciando, transigiendo, dando por bueno el acto gratuito o simplemente no ejercitando la acción de nulidad.

1630 Este principio ya estaba consagrado en el Digesto: «*quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*» (D. 34, 5, 12) [trad: «Siempre que resulta ambigua una expresión en las acciones o excepciones, resulta lo más práctico entenderla en el sentido de que prospere la acción entablada más que se frustre»].

1631 En el caso de los contratos gratuitos la regla de la menor transmisión de intereses contenida en dicho precepto subraya su carácter excepcional (por otra parte, razonable en un sistema de economía de mercado), de manera que estos contratos deben ser interpretados restrictivamente (así, también, el art. 871 II CC) (GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario al art 1289...» en *Comentarios...*, ob. cit. p. 9198).

1632 Me adhiero a la tesis mayoritaria de que la donación es un contrato, aunque sistemáticamente se regule aparte de los demás contratos, no sólo porque así resulta de los arts. 621, 624, 628 y 1274 CC y de los arts. 629 y 630 CC que requieren la aceptación del donatario, sino también porque así lo reconoce nuestra jurisprudencia (STS 10/10/1961 [TOL4.336.942]; STS 13/05/1963 [TOL4.328.966]; STS 01/12/1964 [TOL4.324.125]; STS 14/05/1966 [TOL4.305.332]; STS 20/10/1966 [TOL4.305.270]; STS 07/07/1978 [TOL2.190.320]; STS 06/04/1979 [TOL1.741.123]; STS 14/05/1987 [TOL1.739.177]; STS 09/05/1988 [TOL1.733.112]; STS 22/06/1989 [TOL1.732.640]; STS 03/03/1995 [TOL1.668.480]; STS 13/05/2000 [TOL2.615]; STS:31/03/2001 [TOL4.964.889]; STS 15/11/2007 [TOL1.221.231]) y nuestra doctrina mayoritaria (así, por todos, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 29 y ss. y la doctrina citada en p. 34 n. 6 quater; una relación de la doctrina minoritaria que niega carácter contractual a la donación puede consultarse en ibid. p. 35 n. 6 quinquies). En todo caso, se trata de un contrato unilateral (requiere acuerdo de las partes pero, a diferencia del contrato bilateral, no genera obligaciones recíprocas para ambas partes) normalmente transmisivo (la transmisión de lo donado es simultáneo al acuerdo si lo que se dona es un derecho que no necesita de tradición para su traspaso o si necesitándola se entrega a la vez como sucede mediante tradición instrumental en la donación de inmuebles), pero que puede ser, por excepción, meramente obligatorio (en este sentido vide ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 35 y ss. especialmente p. 39 n. 14 y la doctrina mayoritaria a favor de la donación obligatoria que ahí cita y la doctrina minoritaria en contra de las donaciones obligatorias que igualmente enumera).

A La capacidad jurídica del donante y donatario. -

La capacidad jurídica del donante y donatario no presenta especialidades respecto a la teoría general. Pueden serlo quien tenga personalidad jurídica. No obstante, se han planteado dudas en este ámbito con relación a cuatro supuestos concretos de capacidad jurídica para ser donatario a los que creo conveniente hacer referencia.

3.1.3.2.1.1 El concepturus

Como ya hemos señalado el *concepturus* no existe y carece de personalidad jurídica. No cabe la representación del *concepturus* esencialmente porque no se admite la representación de personas futuras¹⁶³³ o, dicho en otras palabras, porque la representación exige y presupone la existencia del representado por lo que, cuando este no existe, no se produce representación alguna sino actuación en nombre propio¹⁶³⁴. Si una persona intenta representar al *concepturus* su actuación se equipararía a la del representante que actúa en nombre de alguien que no le ha conferido la representación o a la del mandatario que se excede de los límites del mandato y, en tales casos, el CC (arts. 1725 y 1727. 2) fija que el representado no queda vinculado con el tercero sino solo el representante¹⁶³⁵. Por tanto, el *concepturus* no puede adquirir derechos ni ser titular de ellos porque no les alcanza la concesión que para los ya concebidos contiene el artículo 29 y 30 Cc¹⁶³⁶.

No obstante, dichas personas futuras sí son tenidas en cuenta por el derecho no sólo en el derecho sucesorio (conectado con la problemática de llamamientos hereditarios en favor de personas futuras) sino también como señala DE CASTRO en ciertos contratos¹⁶³⁷

En todo caso, la cuestión más espinosa es la de si cabe la donación directa en favor del *concepturus*¹⁶³⁸ aunque tratándose de bienes inmuebles la solución negativa es evidente ya que el art. 633 CC exige, para que sea válida, escritura pública debiendo constar la aceptación en la escritura de donación o en otra separada. No obstante, con carácter general, y sin limitarnos, por tanto, a los inmuebles donde, como vemos, es imposible dicha donación, cabe distinguir en esencia dos posturas:

A) Teoría casi unánime en la doctrina que niega la posibilidad de donaciones directas a favor del concepturus¹⁶³⁹. En síntesis, los argumentos de la teoría casi

1633DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...II*, ob. cit. p. 137 n. 3.

1634MACIA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica...*, ob. cit. p. 163.

1635Ibíd. p. 163.

1636CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, ob. cit. p. 121; ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 19.

1637DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...T.II* p. 137.

1638Respecto a si es posible la donación en su favor, vide: ALBALADEJO, M.: «Comentario al artículo 627 CC», *Comentarios Edersa T. VIII, Vol. 2º*; ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 136-137; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentarios al art.29 Cc», ob. cit.; CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos civiles...*, ob. cit. pp. 110-112; DÍEZ PASTOR, J.L.: «La donación al no concebido», *AAMN*, t. VI, Ed. Reus. 1952, pp. 111-164; NART, Ignacio: «Donación y reversión a personas futuras», *ADC* 1952-2, pp. 579-606.

1639En este sentido, DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, TII, ob. cit. p. 137; ALBALADEJO, M.: «Comentario al artículo 627 CC», cit.; ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*. Ed. CORPME. Madrid. 2006, pp. 158-163. ARROYO-I-AMAYUELAS, E, *La protección...*, ob. cit. pp. 136-137; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentarios al art.29 Cc», ob. cit.; MORENO MOZO, F.: «El nacimiento», ob. cit. p. 54; OCALLAGHAM MUÑOZ, X.: *Código civil...*, ob. cit. p. 645; TORRELLE-S-TORREA, E.: «La donación en el Código Civil Español: notas sobre la capacidad de las partes», *Vni-*

unánime que niega las donaciones directas al *concepturus* serían: que la donación es un contrato que, como tal, exige aceptación del donatario; que la donación es un acto intervivos y el *concepturus* no está vivo¹⁶⁴⁰; un argumento *inclusio unius exclusio alterius* ya que si el art. 627 CC permite, por excepción, la donación al *nasciturus* es porque implícitamente está excluyendo la donación al *concepturus*¹⁶⁴¹ o, por último, se afirma que dicha donación no debería admitirse dada la incertidumbre que encierra la donación a favor de los «*nondum concepti*»¹⁶⁴².

No obstante, los mismos autores que niegan la donación directa al *concepturus* señalan que existen en nuestro derecho modos indirectos de realizar atribuciones al *concepturus* mediante la donación con cláusula de reversión (641 CC)¹⁶⁴³ o mediante las sustituciones fideicomisarias.

B) Teoría minoritaria que acepta la donación directa a favor del concepturus.-

Comenzaba DIAZ PASTOR su conferencia sobre este asunto destacando como a pesar de que la doctrina ha relajado el concepto de contrato nunca lo ha hecho tanto como «*para hacer posible un vínculo sintagmático con la nada*»¹⁶⁴⁴ por lo que, a su juicio, «*el enigma de la donación intervivos a persona futura no puede resolverse más que acercándola a las disposiciones mortis causa con las que guarda el más auténtico y profundo parentesco, pese a todas las apariencias*»¹⁶⁴⁵. Y es que, añade, la donación al no concebido parece venir excluida porque la donación intervivos es un contrato y estos negocios bilaterales exigen el «consentimiento», la concurrencia actual de dos voluntades. «*Por eso, a primera vista, la donación a personas futuras es un imposible metafísico. No hay consentimiento si no hay, al menos, dos sujetos actuales. Como dice lapidariamente Pothier no se contrata con los muertos ni con los no nacidos*»¹⁶⁴⁶. No obstante, entiende DIAZ PASTOR, es preciso analizar la función que la voluntad del donatario asume en la perfección del acto y dicha función no es la misma que la que tiene un contratante cualquiera de modo que es esencial determinar si la aceptación del donatario es elemento esencial de la perfección del acto porque, si lo es, la donación al *concepturus* será imposible¹⁶⁴⁷. Y considera este autor que «*la aceptación en los contratos sintagmáticos, no es mera conformidad en recibir, encierra una oferta recíproca. En ella lo más esencial es lo que tiene de promesa. Por el contrario, el beneficiario de una pura liberalidad no hace más que adquirir, acepta en el sentido más pleno de la palabra. Su voluntad nada añade a la perfección del acto. No puedo estrechar la mano del que no me ofrezca la suya, pero sí arrojar una manzana a quien la recogerá o no, pero no podrá evitar que haya sido lanzada. El donatario está siempre más cerca del legatario que del comprador*»¹⁶⁴⁸. Así, considera DIAZ PASTOR, a la luz del derecho romano y de nuestro derecho histórico, que la aceptación no era ni es requisito esencial de la donación¹⁶⁴⁹. Y concluye que ningún

versitas. Bogotá (Colombia) nº 129, julio-diciembre de 2014, p. 380.

1640En este caso, no hay ni siquiera *in itinere*, un sujeto de derecho, ni un ser humano que pueda sustentar la subjetividad jurídica, aunque sea en la mínima expresión que corresponda al concebido (DE PABLO CONTRERAS, P.V.: «Comentario de los art. 625-628», en *Código...*, Vol. II., ob. cit. p. 118).

1641DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*T. II. ob. cit. p. 137.

1642MARÍN CASTÁN, F.: «Comentario del art. 627» en *Comentario...T. 4*. ob. cit. p. 114; ARROYO y AMAYUELAS, E.: *La protección...*, ob. cit. p. 137.

1643DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...* T. II P. 1ª, 137. *Vide* también sobre la reversión de donaciones DÍEZ PASTOR, J.L.: «La donación...», ob. cit. pp. 147 y ss.

1644DÍEZ PASTOR, J.L.: «La donación...», ob. cit. p. 118.

1645Ibid. p. 118.

1646Ibid. p. 121.

1647Ibid. p. 122-124.

1648Ibid. p. 128.

1649Ibid. pp. 129 y ss y 145. En nuestro derecho histórico, las Partidas (P V, 4, 4) al regular la donación

precepto del CC se opone, a su juicio, a que el padre acepte una donación directa a favor de sus hijos futuros si bien al no estar prevista en la ley y carecer, por tanto, de criterio para regular la situación de pendencia del negocio, se tratará de una donación promisorio con un contenido meramente obligacional en su lado pasivo¹⁶⁵⁰.

Esta tesis minoritaria se ha visto reforzada por determinados derechos forales que sí admiten dicha donación. Así, la Ley 155 de la Ley foral navarra 21/2019, de 4 de abril, permite las donaciones a favor de los hijos «*aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación*». Y el CC de Cataluña (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales) admite la posibilidad de la donación a favor del *no concebido* entendiendo en tal caso que se hace bajo condición suspensiva (art. 531.21.4 C.C. Cat.).

3.1.3.2.1.2 El superpóstumo o postumísimo

Examinado ya, con anterioridad, qué debe entenderse por superpóstumo reiteramos que, dejando a salvo su capacidad sucesoria, con relación a los actos intervivos la respuesta con relación al superpóstumo debe ser idéntica que para el genérico *concepturus* y, por tanto, no cabe admitir que el futuro padre represente a quien tras su muerte será fecundado con su material reproductor sencillamente porque mientras el padre existe el superpóstumo no existe (ni siquiera habrá sido concebido) y, concebido el superpóstumo, quien no existe es el padre. Obviamente, concebido el superpóstumo, su representación por la madre mientras esté en estado de *nasciturus* se regirá por lo que continuación expondremos con relación a cualquier concebido no nacido,

3.1.3.2.1.3 El preembrión

Cuestión distinta al superpóstumo es la donación realizada a favor de un embrión *in vitro* (el preembrión¹⁶⁵¹), cuya consideración jurídica civil señala MORENO MOZO es idéntica a la del concebido que se halla en el claustro materno¹⁶⁵² y que, al estar ya concebido, se beneficia del art. 29 y 627 CC en cuyo supuesto de hecho está incluido¹⁶⁵³. Por tanto, ex art. 627 CC serán válidas las donaciones realizadas a preembriones antes del destino, en ocasiones aterrador, que les reserva el art.11.4 LTRHA¹⁶⁵⁴. Dichas donaciones podrán ser aceptadas por los que serían legalmente sus progenitores: la madre usuaria de la técnica a quien se le implantó el embrión, su cónyuge o quien consintió la fecundación de la mujer (pareja de hecho o pareja del mismo sexo), pero, nunca, el donante anónimo de gametos (art. 8.3 LTRHA)¹⁶⁵⁵.

«*al que es en otra tierra*» no habla de aceptación ni la precisa cuando se perfecciona la donación.

1650Ibíd. p. 146.

1651Ex art. 1.2 LTRAH: «*se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*».

1652MORENO MOZO, F.: «El nacimiento», ob. cit. p. 69.

1653Sobre la materia vide MORO ALMARAZ, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Ed. Bosch, Barcelona. 1988, pp. 129 ss., CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos civiles...*, ob. cit. pp. 32-33

1654Art.11,4 LTRHA: «*Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados,[...] son: a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge. b) La donación con fines reproductivos. c) La donación con fines de investigación. d) El cese de su conservación sin otra utilización*». Aterrador artículo, al menos en su letra c y d, porque como dijimos desde una visual axiológica (de teoría de las decisiones jurídica) todo ser humano es un fin en sí mismo y debería ser considerado persona.

1655TORRELLES-TORREA, E.: «La donación...», ob. cit. p. 381. En el mismo sentido ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentarios a los arts. 625- 628 del Código Civil», ob. cit. p. 4798; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Comentario al art. 627 del Cc», en *Código...*, vol. II. pp. 118.

En todo caso, el problema, no menor, en estos supuestos es la identificación del donatario porque no olvidemos que ex art. 11.3 LTRHA dichos preembriones pueden estar crio-conservados durante muchos años en bancos autorizados para ello.

3.1.3.2.1.4 El *nasciturus*

Es obvio que el *nasciturus* no puede donar porque no puedan contratar y disponer de sus bienes (art. 624 CC) La pregunta, por tanto, es si el *nasciturus* puede ser donatario.

El *nasciturus* carece de personalidad jurídica civil para ser titular de derechos patrimoniales (arts. 29 y 30 CC). El CC hace referencia y protege al *nasciturus* esencialmente en el ámbito sucesorio (arts. 29 y 959 ss. CC) y en las donaciones realizadas a un concebido, que pueden ser aceptadas por quienes lo representarían si hubiera nacido (art. 627 CC). Así, dispone el art. 627 CC que: «*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento*». Artículo que ratifica que no cabe la representación del *nasciturus* (nótese el empleo de la forma condicional «*representarían sí*», luego no les representan) y que supone uno de los efectos favorables a que se refiere el art. 29 CC. Dicho art. 627 CC reconoce, en síntesis, la posibilidad de que el *nasciturus* tenga la condición de donatario y obliga al donante a conservar hasta el nacimiento los bienes, sin poder revocar la donación ya perfecta ni disponer de ellos¹⁶⁵⁶. En todo caso, a pesar de la aceptación, hasta el nacimiento del concebido con las condiciones del art. 30 CC no tiene lugar la transmisión del dominio porque en el instante de la aceptación no hay adquirente ya que no hay capacidad para adquirir sin personalidad (art. 745.1 CC). La ficción legal del art. 29 CC no excepciona el art. 745.1 CC, ya que no pretende crear derechos sin sujetos¹⁶⁵⁷.

B La capacidad de obrar para ser donante y donatario

Distinta de la capacidad jurídica es la de obrar, esto es, la capacidad para realizar actos, en este caso la donación, jurídicamente eficaces. Por tanto, la cuestión relativa a la capacidad de obrar para ser donante y donatario trata de resolver la pregunta de qué capacidad es precisa para donar y qué capacidad es necesaria para aceptar donaciones.

Dicha capacidad se regula, en cuanto al donante, en el art. 624 CC y, en cuanto al donatario, en los arts. 625 y 626 CC¹⁶⁵⁸. Nos referiremos en esta obra sólo a las

1656TORRELLES-TORREA, E.: «La donación...», ob. cit. pp. 378 y ss. El representante no puede obligar al donante a entregarle hasta el nacimiento los bienes donados que, hasta ese momento, quedan en situación de pendencia. Si aun así el donante entrega voluntariamente los bienes donados antes del nacimiento y este no llega a producirse, se restituirán con los frutos y rentas generadas desde el momento de la entrega. Producido el nacimiento en las condiciones previstas en el art. 30 CC, la titularidad se consolida con eficacia desde la aceptación por parte de los representantes (*ibid.* pp. 380 y ss.).

1657Ibid. p. 379.

1658Distinta de la capacidad de obrar para aceptar donaciones son las prohibiciones concretas para ser donatario de determinadas personas con relación a determinadas donaciones siendo la sanción a las donaciones realizadas a estas personas inhábiles la nulidad de pleno derecho ex art. 6.4 CC por infracción de la norma imperativa y prohibitiva recogida en el art. 628 CC. Dichas prohibiciones concretas se contienen en diversos apartados de nuestra normativa civil y en síntesis serían: el tutor mientras no se apruebe definitivamente su gestión (art. 226.1 CC, Ley 8/2021); quien desempeñe alguna medida de apoyo mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor (art. 251 CC Ley 8/2021); el notario que no podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que algún otorgante sea pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad (art. 22 LO del Notariado de 28/5/1862) y, dudosamente, el sacerdote que confesó al donante en su última enfermedad y demás personas del ar. 752 CC (a favor de dicha extensión analógica MARÍN CASTÁN, F.: «Comentario del art. 627», ob. cit. p. 116 y ALBIEZ DOHR-

primeras: a la capacidad dispositiva para realizar donaciones.

3.1.3.2.1.5 Donación de bienes inmuebles de menores no emancipados

Tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, los menores no emancipados pueden estar sujetos a la patria potestad de sus progenitores (lo cual, obviamente, es el supuesto más frecuente) o a la tutela cuando se trate de menores no emancipados en situación de desamparo o de menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC en redacción dada por Ley 8/2021). La problemática de la validez o invalidez de los actos a título gratuito realizados por los tutores sobre inmuebles del tutelado la examinaremos al tratar de la curatela de la persona mayor de edad con discapacidad porque la solución, en ambos casos, ha de ser idéntica ya que el art. 224 CC declara aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela. Por tanto, ahora nos centramos en el supuesto normal del menor no emancipado que está sujeto a la patria potestad de sus progenitores.

Señala el artículo 624 CC que: «*Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes*». Los hijos no emancipados no pueden por sí disponer gratuitamente de sus bienes por lo que se plantea la duda de si pueden hacerlo sus padres en su nombre. En síntesis, existen dos teorías:

A) Teoría mayoritaria favorable a que los padres puedan donar bienes inmuebles de sus hijos con autorización judicial. A pesar de que el art. 166 CC no hace referencia a la donación, entiende la doctrina mayoritaria que los padres podrán hacer donaciones de inmuebles y los demás bienes del 166 CC en representación de los hijos menores «*por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal*»¹⁶⁵⁹. Y ello principalmente por dos argumentos: primero, porque no cabe negar a los padres lo que la ley autoriza a los curadores ya que el art. 287.3 (introducido por Ley 8/2021 y más amplio que el anterior art. 271. 9 CC) establece que: «*el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial...para disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*»¹⁶⁶⁰. Argumento, por tanto, *a fortiori*, en su forma de *a maiori ad minus*, basado en la mayor razón. Es decir, si los curadores pueden donar con autorización judicial con mayor razón podrán hacerlo los padres toda vez que como tiene señalado la DGRN las facultades del titular de la patria potestad son al menos tan amplias como las del tutor (actual curador)¹⁶⁶¹. Y segundo,

MANN, K.J.: últ. ob. cit. p. 4807; en contra GONZÁLEZ-MENESES, M.: «La donación» [2ª ed. 2016], p. 606 y DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación...*, ob. cit. p. 130 con cita de diversas SsTS de finales del S XIX y principios del S XX.). En cuanto a los padres no existe respecto de ellos una prohibición similar a la contenida en el art. 226.1 CC. El principio *favorabilia amplianda odiosa restringenda* impide una interpretación extensiva de dicho precepto por lo que los padres podrán recibir donaciones de sus hijos menores no emancipados si bien, al existir conflicto de intereses, será preciso, si la donación es a favor de un progenitor que el otro represente al menor (art. 163.2 CC) y obtenga la autorización judicial y si es a favor de ambos que se nombre un defensor judicial que obtenga la autorización judicial (así, p.e PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 136).

1659Así, VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 232; PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 136; CLEMENTE MEORO, M.: «Las relaciones paterno filiales II», *Derecho de Familia*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2ª ed. Valencia. 1995, p. 483.

1660Argumento usado, si bien con relación al precedente art. 271,9 CC, por VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación...*, ob. cit. p. 232; PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 136; SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B. *La intervención...*, ob. cit. pp. 100-101.

1661Así, RDGRN 24/5/1930 y de 12/4/1937 cit. por SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención...*, ob. cit. pp. 100-101. Argumento a favor de que los padres puedan donar empleado por ALBA-

por un argumento gramatical; en efecto, el art. 166 CC emplea el término «*enajenar*» y puesto que la ley no distingue se incluirán tanto las enajenaciones a título oneroso como gratuito (arg. «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*»)¹⁶⁶². Cuestión distinta es que sea difícil justificar ante el Juez la utilidad o necesidad de una donación de bienes inmuebles, aunque no cabe desconocer que un inmueble puede llegar a ser un activo ruinoso cuyas cargas excedan sus beneficios o que tenga unos elevados costes de conservación¹⁶⁶³.

B) Teoría contraria a que los padres puedan donar bienes inmuebles de los hijos.

DÍEZ-PICAZO sostenía que tras la reforma del art.166 CC por el art. 2 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo los poderes dispositivos de los padres podían dividirse en tres campos: el que queda siempre y en todo caso impedido; el que queda permitido y aquel en que el acto puede llevarse a cabo siempre que el poder dispositivo de los padres se complementa con una declaración de voluntad (judicial o la del hijo mayor de 16 años) perteneciendo las disposiciones a título gratuito y la renuncia gratuita de derechos al primero de los grupos indicados¹⁶⁶⁴. De ahí concluye que cuando el art. 166 CC habla de enajenación se refiere a los negocios estrictos de enajenación «*que hay que entender onerosos, puesto que los gratuitos están prohibidos*»¹⁶⁶⁵. También, en contra, se ha mostrado LLAMAS POMBO si bien únicamente considera como absolutamente prohibidos los actos de disposición a título gratuito¹⁶⁶⁶.

3.1.3.2.1.6 Donación de bienes inmuebles por menores emancipados

Aunque tampoco es un acto enumerado *expressis verbis* en el art. 247 CC (ant. art 323 CC) los menores emancipados no pueden donar inmuebles sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial no sólo porque, como señalaba DIEZ GARCIA en su comentario al art. 166 CC pero con un argumento extensible al art. 323 CC (actual art. 247 CC), «*gramaticalmente, enajenar significa “pasar o transmitir a alguien el dominio de algo o algún otro derecho sobre ello”; traslación que, nuestro derecho, puede realizarse tanto a título oneroso como gratuito*»¹⁶⁶⁷, sino también porque, aunque es cierto que las excepciones a la capacidad deben interpretarse restrictivamente, una interpretación *a fortiori* en su forma «*a minore ad maius*» así lo exige ya que si está prohibido lo menos (disponer a título oneroso de

LADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 116. En contra de dicho argumento *a fortiori*, BOSCH CAPDEVILA, E.: *La administración...*, ob. cit. p. 203.

1662 Utilizan dicho argumento gramatical, entre otros, DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art.166 del Código civil», ob. cit. p. 1720; LINACERO DE LA FUENTE. M.: *Régimen...*, ob. cit. p. 224.

1663 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentarios a los arts. 625- 628 del Código Civil», ob. cit. p. 4790 donde destaca la necesidad impuesta por el CC de justificar la utilidad o necesidad de la donación y la dificultad de hacerlo con relación a las donaciones salvo que fueran modales u onerosas.

1664 DÍEZ-PICAZO, L.: «Notas...», ob. cit. p. 19.

1665 *Ibid.* p. 20.

1666 LLAMAS POMBO, E.: *El patrimonio...*, ob. cit. p. 111; del mismo autor: «Comentario a los arts. 164 a 168 CC» en *Código Civil comentado...*, Vol. 1. ob. cit. p. 822.

1667 DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art.166 del Código civil», ob. cit. p. 1720. En el mismo sentido de entender que la enajenación incluye cualquier tipo de transmisión *inter vivos*, ya se haga a título oneroso o lucrativo puede verse, entre muchos otros, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 104 y 105; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentario al art.624 del Código civil» en *Comentarios al Código civil* T. IV, ob. cit. p. 4790; ÁLVAREZ MORENO, M.T.: «Comentario al artículo 323 del Código civil», ob. cit. p. 2631; CASANOVAS I MUSSONS, A.: «De las personas que pueden hacer donaciones: la capacidad de obrar y el poder de disposición del donante» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Vol. 1*. Ed. Univ. de Murcia, 2004, p. 860; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...* T.II, ob. cit. pp. 226-227; PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor...*, ob. cit. p. 237. También usa un sentido gramatical de enajenaciones aludiendo expresamente de «*enajenación, onerosa o gratuita*» p. ej. el art. 21.1 Ley de fundaciones.

inmuebles sin el complemento de capacidad) está prohibido lo más (disponer a título gratuito de inmuebles sin el complemento de capacidad). Argumento gramatical y *a fortiori* que obligan al emancipado que quiera disponer de un inmueble a contar con el consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, de su defensor judicial.

3.1.3.2.1.7 Donación de bienes inmuebles de personas discapacitada sujetas a curatela

A) Donaciones realizadas por una persona mayor de edad con discapacidad. El discapacitado como donante. La curatela es, tras la Ley 8/2021, una medida formal de apoyo que se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado y cuya extensión viene determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (art. 250 CC). Solo se acordará la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad (art. 269 pfo 1) y dicha curatela sólo excepcionalmente (y únicamente cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad) conllevará funciones representativas debiendo precisarse en la resolución judicial, en tales supuesto excepcionales, los actos concretos a los que se extiende dicha representación (art. 269 pfo 3). Por lo tanto habrá que distinguir dos supuestos:

A1) Regla general: que la resolución judicial que acuerde las medidas de apoyo nombre, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad, un curador sin facultades representativas. En tal caso, el juez determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (art. 269 pfo 3 CC). Por tanto, en tales casos, para resolver cualquier cuestión relativa al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, y entre ellas las cuestiones relativas a los requisitos para donar, habrá que atender a los términos de la concreta resolución judicial que se dicte.

A2) Regla excepcional: Que la resolución judicial que acuerde las medidas de apoyo nombre, en atención a las circunstancias de la persona con discapacidad, un curador con facultades representativas. En ese caso, dispone art. 287.3 CC [precepto aplicable también al tutor del menor no emancipado desamparado o no sujeto a patria potestad, arg. art. 224 CC] que el curador «*necesita autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*». Aunque ajustándonos a la letra de dicho precepto cabe pensar en inmuebles de escaso valor económico y nulo significado personal o familiar que entraran en la excepción de dicho precepto considero que si el curador con funciones de representación del discapacitado (o el tutor) desea donar un inmueble de este precisará siempre, por escaso que sea el valor del mismo, autorización judicial porque no tiene sentido exigir dicha autorización para enajenar a título oneroso cualquier inmueble (art. 287.2 CC) y no exigirlo también para donar un inmueble de muy escaso valor.

En todo caso, en la práctica, y a pesar de la posibilidad recogida en dicho artículo de solicitar autorización judicial para realizar una donación, es casi incompatible con el deber de administrar que tiene el tutor respecto de los bienes del tutelado (art. 228. 4 CC en redacción dada por Ley 8/2021) y con los deberes que tiene el curador con facultades de representación que un Juez autorice una donación¹⁶⁶⁸ salvo casos excepcionales en los que el juez pueda considerarlo conveniente: p.ej. donación

1668GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., «La donación», ob. cit. p. 676.

remuneratoria o realizada con vistas a una promoción de una actividad negocial, o por razones fiscales o donaciones a obras sociales y benéficas¹⁶⁶⁹ o, añadimos, supuestos de inmuebles cuyos gastos de conservación excedan del valor del activo.

B) Donaciones realizadas a favor de una persona mayor de edad con discapacidad. El discapacitado como donatario.

La persona con discapacidad tiene capacidad para recibir donaciones. En tales casos, el nuevo art. 252 CC prevé que el donante pueda establecer las reglas de administración y disposición de los bienes donados y designar la persona a las que se encomiende dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda. Igualmente podrán establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas.

3.1.3.2.1.8 Donación de bienes inmuebles de la Iglesia Católica

La donación, como contrato que es, se regula según el CDC por el derecho civil de cada nación salvo que el derecho canónico disponga de otra manera o que se trate de normas contrarias al derecho divino (c. 1290). La donación puede considerarse canónicamente entre los actos enajenatorios en sentido propio porque la enajenación en sentido estricto tiene lugar siempre que se transfiera directamente el dominio de la persona jurídica canónica a otro titular¹⁶⁷⁰. En todo caso, aunque en principio la Iglesia pueda disponer a título gratuito de su patrimonio [en cuyo caso deberían cumplirse, de acuerdo con el c. 1291, los requisitos de validez -licencia- y de licitud examinados para la compraventa] dicha donación no podrá referirse, por exigencias del c. 1285 CDC a inmuebles ni a bienes muebles que pertenezcan al patrimonio estable¹⁶⁷¹ y deberá tener carácter excepcional porque el c. 1294 § 1 señala como requisito de licitud que «*ordinariamente una cosa no debe enajenarse por un precio menor al indicado en la tasación*»¹⁶⁷². No obstante, al tratarse el requisito del c. 1294 de un requisito de licitud y no de validez su incumplimiento no conlleva la nulidad de la donación sino la responsabilidad, en su caso de quien la efectúe¹⁶⁷³.

Por último, la Iglesia podrá ser donataria de acuerdo con la cláusula general del c. 1259, capacidad que asimismo resultan de otros cánones 222 § 1, 1261 § 1 y 1299 § 1.

1669PARRA LUCÁN, M.A.: «Comentario al art.271-273 del Código civil», ob. cit. p. 2431.

1670CABREROS DE ANTA, M.: «La enajenación de bienes eclesiásticos» en *El patrimonio eclesiástico. Estudios de la Tercera Semana de Derecho Canónico*. Salamanca, 1950, p. 168; DE PAOLIS, V.: *Los bienes temporales de la Iglesia*. Ed. BAC Madrid. 2012, p. 258; MORENO ANTON, M.G.: *La enajenación...*, ob. cit. p. 23.

1671LOPEZ ALARCON, M.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 308. Señala dicha c. 1285: «*Sólo dentro de los límites de la administración ordinaria es lícito a los administradores hacer donaciones para fines de piedad o de caridad cristiana con bienes muebles que no pertenezcan al patrimonio estable*». Dicho canon autoriza pues a los administradores de bienes eclesiásticos a realizar actos de donación, pero limitando dichos actos a aquellos que se realicen en concepto de caridad y piedad cristiana y que tengan como objeto bienes muebles ajenos al patrimonio estable. Más ampliamente sobre el c. 1285 y sus precedentes vide JAUSET-CLIVILLÉ, F.J.: «Autonomía y dependencia de la persona jurídica en la administración de sus bienes, durante la tarea codificadora y en las normas del código de 1983» en *Cuadernos doctores*. 1999, nº 16, p. 237.

1672Señala MORENO ANTON que este c. 1294 § 1 se recogía asimismo en términos más radicales en el c. 1531, 1.º, del CDC de 1917 puesto que no usaba el adverbio "ordinariamente". La fórmula del c. 1294, es menos rígida y más realista, pues el empleo de dicho adverbio permite que, excepcionalmente, se admita la enajenación por precio inferior, circunstancia que, creemos, deberá apreciar la autoridad competente para otorgar la licencia (MORENO ANTON, M.G.: *La enajenación...*, ob. cit. pp. 41 y 42).

1673MORENO ANTON, M.G.: *La enajenación...*, ob. cit. p. 42 n. 95.

3.1.3.2.1.9 Donaciones de bienes inmuebles en los que intervienen entes sin personalidad.

A) Donación de bienes inmuebles gananciales por los cónyuges

Dispone el artículo 1378 CC que: «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso». Y de acuerdo con el artículo 1322.2 CC: «serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge».

Frente a la anulabilidad de los actos onerosos de disposición de un bien ganancial realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro, nuestra doctrina sostiene pacíficamente la nulidad del acto a título gratuito, si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, dada la categórica expresión «serán nulos» del 1378 Cc¹⁶⁷⁴. Dicho agravamiento de la sanción de ineficacia obedece no solo, como dice DIEZ PICAZO, «a la necesidad y conveniencia de dotar de una mayor protección a los cónyuges frente a los actos a título gratuito que frente a los actos a título oneroso, dado que estos últimos, por definición, entrañan una contraprestación que sustituye en el patrimonio mediante subrogación real al bien del que se ha dispuesto»¹⁶⁷⁵, sino también, a que la gratuidad del título de adquisición hace al tercero, donatario, que no ha realizado ningún sacrificio patrimonial menos digno de tutela que al adquirente a título oneroso que sí ha realizado dicho sacrificio y que, por ello, puede verse más perjudicado por una invalidez absoluta o relativa de pleno derecho del negocio. En todo caso, dejamos señalado que tampoco sería absurdo defender, en estos casos, la anulabilidad, si bien hasta donde se nos alcanza ningún autor lo ha hecho¹⁶⁷⁶.

Admitido que se trata de un supuesto de nulidad, no obstante, existen discrepancias sobre si se trata de una nulidad del art. 6.4 CC o una nulidad -ineficacia- del art. 1259 CC. Las consecuencias son radicalmente distintas: la primera es insubsanable; la segunda, por contra, es ratificable. Pasamos a analizar dichas teorías:

1674Así, p. ej. señalan PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 137 que «la reiterada expresión “serán nulos” revela que la falta de codisposición determina la nulidad radical y absoluta del acto del que no cabe confirmación».

1675DIEZ PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1378 del Cc» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, ob. cit. p. 1765. Señalan idéntico argumento en cuanto al fundamento RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad...*, ob. cit. p. 226; MONFORT FERRERO, M.J.: «Comentario al artículo 1378 del Código Civil», *Código civil Comentado*. Vol. III, ob. cit. p. 1044; PRETEL SERRANO, J.J.: «Comentario al art.1378 del Cc», *Comentario del Código Civil*. T. II. ob. cit. p. 720.

1676El art. 1378 CC, si aplicáramos la doctrina de GORDILLO CAÑAS sobre la inexistencia que vimos *supra*, sería estructuralmente un supuesto de inexistencia racional (falta el consentimiento de uno de los cónyuges) que debería encauzarse, desde una visual funcional, y dado que ampara intereses privados disponibles, a través del régimen expansivo de la anulabilidad que concretaría las consecuencias jurídicas. Ni siquiera el argumento gramatical de la expresión «serán nulos» del 1378 CC permite descartar la tesis de la anulabilidad porque ya la STS de 29-1-1983 (Pte. BELTRAN DE HEREDIA, J.) también interpretó idéntica expresión (ant. art.20 LSRL «serán nulas las transmisiones a persona extraña a la sociedad...») en un sentido amplio concluyendo que dicho precepto contenía a pesar de la expresión «serán nulas» un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho aludiendo, entre otros argumentos, a la falta de rigor técnico del CC en materia a de nulidad y a que la expresión «serán nulas» es un «modo de expresarse los preceptos legales, que lo es con mandatos, no con meras admoniciones, independientemente del contenido interno, comprensivo de dos posibles clases de nulidad (absoluta y relativa)» (sentencia comentada por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 936 y 982-983). Y es que como señalaba GORDILLO CAÑAS en defensa de esta sentencia no es lo mismo la imperatividad gramatical y la imperatividad jurídica (en «Nulidad...», cit. pp. 937 y 969).

1) Se trata de una nulidad radical típica ex art. 6.4 CC que en nada se aparta del régimen general de la nulidad. En los actos de disposición a título gratuito, el art. 1378 CC reitera lo ya recogido en el párr. 2º del art. 1322 CC y establece la nulidad radical, absoluta, imprescriptible e insubsanable del negocio dispositivo porque como señala TORRES LANA «*el régimen de la nulidad no se aparta del general*»¹⁶⁷⁷.

2) Se trata de una nulidad atípica ex art. 6.4 CC que se aparta del régimen general de la nulidad. La conclusión de la teoría anterior no es compartida por algunos autores que consideran inadecuada una solución jurídica que impide la confirmación de un acto de disposición a título gratuito realizado por un cónyuge y que el otro no consintió en el momento de realizarla. Ahora bien, como, desde una visual bipartita, no cabe la confirmación del contrato nulo, dichos autores intentan salvar dicho inconveniente señalando que el otro cónyuge puede prestar su consentimiento con posterioridad porque este no tiene que ser coetáneo o simultáneo¹⁶⁷⁸.

3) No es una nulidad del art. 6.4 CC sino una ineficacia del art. 1259 CC. Para los partidarios de esta tesis los actos de disposición a título gratuito de gananciales realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro, por analogía con los actos otorgados por quien no tiene poder de representación, estarían viciados de una ineficacia del art. 1259 CC que podría ser sanada mediante ratificación posterior del cónyuge cuyo consentimiento se omitió sin necesidad de tener que repetir la donación¹⁶⁷⁹. Y es que, como señala GIMÉNEZ DUART, «*no hay nulidad absoluta*

¹⁶⁷⁷TORRES LANA, J.A.: *Código Civil...*, ob. cit. p. 984. La tesis de la nulidad absoluta es mayoritaria en lo doctrina. Así p. ej. ALBALADEJO, M.: *Curso...*IV. [8ª ed.] ob. cit. pp. 162 y183; AVILA ALVAREZ, P.: *Comentarios...*, ob. cit. p. 134; CAMY SANCHEZ CAÑETE, B.: *Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles. En especial la capacidad.* Ed. CORPME. Madrid 1989, p. 37; DE LOS MOZOS, J.L.: «Comentario a los arts. 1378-1380 Cc» en *Comentarios Edersa T. XVIII Vol. 2* [1984], p. 369; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Gestión...*, ob. cit. pp. 318-319; HERRERO GARCÍA, Mª.J.: «Comentario al artículo 1322 Cc», ob. cit. p. 596; LACRUZ BERDEJO J. L. *et al.*: *Elementos...* IV. [1984] p. 462; MONFORT FERRERO, M.J.: «Comentario al artículo 1378 del Código Civil», ob. cit. p. 1044; MONTES PENADES, V.L.: *Derecho de Familia.* Ed. Tirant Lo Blanch. [3ª ed.] Valencia. 1997, p. 238 y RAMS ALBESA, J. J.: *La sociedad...*, ob. cit. pp. 226-227.

¹⁶⁷⁸Así, defienden la no exigencia de coetaneidad o simultaneidad en el consentimiento de los dos cónyuges entre otros PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 137; MARQUEZ MUÑOZ: «Resumen de algunas normas del Código civil», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982 p. 525; PRETEL SERRANO, J.J.: «Comentario al art.1378 del Cc», ob. cit. pp. 721-722. Por su parte, DIEZ PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1322 del Cc», ob. cit. p. 1510 señala que la solución del art. 1322 CC a los actos a título gratuito sobre bienes comunes sin consentimiento de un cónyuge es la nulidad radical y absoluta (en el mismo sentido, misma obra y mismo autor en «Comentario al artículo 1378 del Cc», ob. cit. p. 1765) pero, a continuación, señala que dicho acto es convalidable si posteriormente consiente el otro cónyuge, favoreciendo tal nulidad absoluta «*al donante que puede por sí solo anular la donación; al donatario, que aunque el supuesto sea académico, puede llevar a cabo lo mismo; y a los terceros, quienes quiera que sean, que tengan interés en la nulidad*». Es decir, parece entender que se trata de una nulidad radical con el régimen típico de dicha nulidad en cuanto a la legitimidad *erga omnes* y en cuanto al plazo (que ya no será el de 4 años del art. 1322.1 CC), pero no en cuanto a la insubsanabilidad. Una nulidad radical pues parcialmente atípica. No obstante, años más tarde, señalarán DIEZ PICAZO y GULLON que la conclusión de la nulidad radical, absoluta e insanable a las donaciones por un cónyuge de un bien ganancial aunque «*exacta jurídicamente, (es) probablemente excesiva, porque no hay razón para que el acto a título gratuito no pueda ser confirmado por el cónyuge que no lo hubiera consentido en el momento de su realización*» por lo que parece deducirse que admite *de lege lata* la teoría de la nulidad insanable si bien propone *de lege ferenda* una ineficacia sanable (DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...IV.* [7ª ed.] ob. cit. p. 204).

¹⁶⁷⁹Tesis mantenida con diversos matices, entre otros, por CASTILLO TAMARIT, V.J.: «Aspectos parciales...», ob. cit. p. 47; GIMÉNEZ DUART, T.: «La gestión de la comunidad de gananciales» en *ADC* 1982-3, p. 579; del mismo autor, «La adquisición...», ob. cit. pp. 239, 242, 243, 274, 361-362 *et passim*; DE LA CAMARA ALVAREZ, M.: «Actos de disposición...», ob. cit. p 125-127; GARRIDO CERDA,

porque no hay razón para que la haya [...] si el interés jurídicamente protegido es el del otro cónyuge y éste dice vale, debe valer»¹⁶⁸⁰. No obstante, dicha posición doctrinal que configura la invalidez del art. 1378 CC como ratificable por la vía del art. 1259 CC ha recibido crítica de BELLO JANEIRO que señala que en el supuesto del 1378 CC -actos a título gratuito sobre bienes gananciales- sea con mayor o menor fundamento, la ley es tajante al respecto y, guste o no, contraria a la posibilidad de configurar dicho supuesto como una ineficacia ratificable y relativa y ello, sigue señalando este autor, porque si la intención del legislador hubiera sido permitir la ratificación en virtud del art. 1259 CC o restringir la legitimación lo hubiera debido señalar claramente¹⁶⁸¹.

4) La donación es válida en cuanto contrato, pero ineficaz desde un punto de vista jurídico real. Señala YZQUIERDO TOLSADA que si se considera, como él hace, que la donación es un contrato, aunque no precise, como la compraventa, de tradición para consumir el efecto atributivo, sino que ella en sí misma es a la vez contrato y tradición, la nulidad radical no encajaría como respuesta al caso de la donación realizada por un cónyuge aisladamente porque lo único que faltará es el poder de disposición que no pertenece al título sino al modo o, dicho en otras palabras, el contrato de donación -el título- será válido (los cónyuges no son incapaces para contratar) pero dicho contrato válido no producirá efectos translativos por un defecto en el modo de adquirir (que es donde reside el poder de disposición)¹⁶⁸². Además, considera este autor que la nulidad radical, a pesar del tenor literal del art. 1378 CC, es excesiva, pues no se encuentra razón para que una donación no pueda ser convalidada o ratificada por el cónyuge que no asintió cuando se celebró¹⁶⁸³.

5) Toma de posición. En los actos a título gratuito por uno de los cónyuges sin consentimiento de otro se percibe la insuficiencia de la tesis bipartita de las nulidades y la necesidad de superar dicha tesis dualista. Por un lado, la doctrina defiende la nulidad absoluta en base al tenor literal del art. 1378 y 1322 CC, pero, si se quiere ser coherente con el tipo de invalidez aceptado y con la teoría bipartita de la que dichos autores parten, dicha doctrina clásica se ve obligada a deducir inexorablemente la imposibilidad de confirmar/ratificar/convalidar el acto por el otro cónyuge (la nulidad radical, en la tesis bipartita, es insubsanable) lo cual es poco convincente pues se trata de proteger intereses particulares del otro cónyuge y parece absurdo que este, único protegido por la norma, no pueda confirmar, ratificar o convalidar la donación que previamente hizo su cónyuge sobre bienes comunes. Pero también es incoherente, desde una posición bipartita de la invalidez, tildar el negocio de radicalmente nulo y luego decir que puede concurrir posteriormente el consentimiento del otro cónyuge. Y es incoherente desde una lógica clásica porque, cuando este consentimiento concurre, el otro ya no existirá (por ser nulo) o, como decía CAMY SANCHEZ CAÑETE,

E.: «La sociedad...», ob. cit. p. 285. Incluso se ha llegado a defender la sanabilidad de la ineficacia por consentimiento posterior del consorte por aplicación analógica del art. 597.2 CC (así, CASANOVAS I MUSSONS, A.: «De las personas...», ob. cit. p. 870; en contra, PRETEL SERRANO, J.J.: «Comentario al art.1378 del Cc», ob. cit. p. 722)

1680 GIMÉNEZ DUART, T.: «La adquisición...», ob. cit. p. 242. Según este autor no es argumento en contra alegar que los art. 1.378 y 1.322 CC expresamente califican de nulo el negocio, pues hace lo mismo el art. 1259 CC y nadie duda que es una «nulidad» sanable. Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Gestión...*, ob. cit. p. 319 crítica el argumento de GIMENEZ DUART sobre la imprecisión terminológica del CC al hablar de nulidad porque si bien ello es cierto con relación al Codificador decimonónico no es predicable del legislador de 1981 que conoce perfectamente las distintas modalidades de ineficacia contractual (idéntica crítica en BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 56).

1681 BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. pp. 54 y 55. En el mismo sentido de negar la sanabilidad del acto y la restricción de la legitimación activa ibíd. p. 57.

1682 YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. pp. 647-648.

1683 Ibíd. p. 649.

porque permitir que el consentimiento posterior del otro cónyuge pueda convalidar la donación nula supondría reconocerle a la misma un efecto, el de vigencia condicionada, del que carece («*quod nullum est, nullum producit effectum*»)¹⁶⁸⁴. Por otro lado, la nulidad o invalidez del art. 1259 CC tiene el problema de la inseguridad jurídica que introduce puesto que, como el negocio está incompleto mientras no se ratifique, se podrá accionar para que se declare la nulidad y mientras que no se ratifique, periodo que puede durar años, puede el donante desdecirse de su donación. Y tiene, asimismo, el problema de que dicho artículo se asienta sobre la existencia de la *contemplatio domini* que probablemente no existirá en todos los casos en que analicemos una concreta donación individual de bienes gananciales. Cierto es que, en sede de bienes inmuebles, el problema apenas se dará en la práctica porque la necesaria intervención del notario (art. 633 CC) atenuará enormemente la posibilidad de un problema de tal índole, pero no hay que desconocer que la mayoría de los autores que han defendido la sanabilidad del negocio eran notarios (GARRIDO CERDA, DE LA CAMARA, GIMENEZ DUART) por lo que no es descartable que, en coherencia con esa interpretación, se llegara a autorizar escrituras públicas de donación por un cónyuge sobre un inmueble ganancial porque entendieran que el consentimiento no es imprescindible que sea coetáneo. Y, en todo caso, subsistirá el problema en el caso de los muebles que no exigen forma pública. Por eso, superando la tesis dualista de las nulidades entendemos que se trataría de una nulidad relativa (no tiene sentido atribuir legitimación p.e al donatario porque la norma se dirige a proteger al cónyuge del donante)¹⁶⁸⁵, de pleno derecho, susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad), prescribible por transcurso del plazo de 5 años y no apreciable de oficio.

B) Donación de bienes inmuebles por una Comunidad de Bienes

Distintas son las situaciones en las que se tiene capacidad para disponer de los bienes, pero en las que la cotitularidad sobre los bienes requiere consentimiento de todos sus miembros. En la comunidad de bienes, se debe estar a la codisposición conjunta (art. 397 CC). En caso de donación por un comunero de toda la cosa común considero que estamos ante un supuesto de contrato dispositivo de cosa parcialmente ajena en el que se produce, al igual que en la venta de cosa ajena, una patología del modo, pero no del título. Me remito para su estudio a la exposición que hice sobre la venta de cosa ajena.

3.1.3.2.1.10 Donación de bienes inmuebles de un concursado

Señala el art. 106 LC 2020 (ant. art. 40 LC 2003) que, en principio, en caso de concurso voluntario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente. En caso de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, siendo sustituido por la administración concursal.

Aunque la ley concursal no prevé concretamente la donación de inmuebles por el

1684CAMY SANCHEZ CAÑETE, B.: *Examen...*, ob. cit. p. 37.

1685En este sentido, señala la STS 8-3-1991 (TOL1.728.218) que el donatario no está legitimado (ni probablemente el donante) porque las acciones de nulidad derivadas de los arts. 1377 y 1378 CC «*se otorgan a favor del otro cónyuge no estando legitimado para su ejercicio el tercero que contrató con el cónyuge infractor de tales preceptos*» (una crítica de esta sentencia en RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T. III*, art. 1315 a 1976. [2ª ed.]. Ed. Comares, Granada, 2009, p. 2773)

concurtido (quizá por lo evidente que resulta, al menos en la práctica, su imposibilidad), es obvio que, en caso de concurso voluntario, la administración concursal difícilmente autorizará donaciones porque suponen una disminución sin contraprestación de la masa activa del concurso en perjuicio de los acreedor y por ser “casi” siempre innecesarias y no reportar ninguna utilidad¹⁶⁸⁶. *A fortiori*. en caso de concurso necesario la administración concursal que sustituye al deudor concursado tampoco va a realizar ninguna donación salvo el caso excepcional ya indicado de que los gastos de conservación del bien excedan de su valor.

En todo caso en los casos excepcionales en los que quepa una donación el art. 205 LC 2020 (ant. 43.2 LC 2003) la sometería a un requisito añadido al señalar que hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez si bien el art. 206 LC 2020 (ant. art 43.3 LC) excluye de dicha regla algunos supuestos.

En cuanto al régimen de invalidez de los actos del concursado que infrinjan la limitación o la suspensión de las facultades patrimoniales acordada por el juez del concurso, dispone el art. 109 LC 2020 (ant. art 40.7 LC 2003) que el tipo de invalidez será la anulabilidad cuya acción solo podrá ser instada por la administración concursal y siempre que ésta no los hubiese convalidado o confirmado previendo dicho artículo un régimen especial de caducidad. Por tanto, como ya indicaba la EM de la LC 2003: «*se atenúa también la sanción de los actos realizados por el deudor con infracción de estas limitaciones, que pasa a ser de anulabilidad*». No obstante, no han faltado opiniones que consideran que en el caso de donaciones quizá fuera preferible la nulidad radical porque, en estos casos, en la ponderación de intereses entre el tercero donatario y los acreedores del concursado parece preferible la defensa de los intereses de estos más vigorosamente (al modo que se hace en sede de gananciales en art. 1378 CC frente al art. 1377 CC.) que si el acto de disposición fue a título oneroso.

3.1.3.2.1.11 Donación de bienes inmuebles en los que intervienen mandatarios.

A diferencia del testamento (art. 670 CC) la donación no es un acto personalísimo por lo que puede realizarse por mandatario con mandato expreso (art. 1713 pfo 2º CC)¹⁶⁸⁷ que especifique el sujeto y el objeto de forma determinada y concreta¹⁶⁸⁸. Y esto último porque el carácter *intuitu personae* de la donación (la mera liberalidad del bienhechor,

¹⁶⁸⁶Decimos «casi siempre» porque por excepción, cabe que la administración concursal crea conveniente una donación incluso de inmuebles si los gastos de conservación del bien exceden de su valor.

¹⁶⁸⁷Señalan ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 108 que la representación haya de ser expresa «*significa que [...] ha de atribuirse la facultad de donar de forma específica, es decir, mencionándola en particular; o bien, aun sin eso, de tal modo que haya seguridad de que se quiso conferir*». Dicho mandato expreso, señala la SAP Barcelona -Secc. 4ª- de 15/2/2011 (TOL 2.133.028): «*puede darse verbalmente (STS de 28-10-1963); pero con independencia de la forma de exteriorización se requiere [...] que el mandato esté claramente precisado en su objeto y extensión (STS 27/11/1966)*».

¹⁶⁸⁸Así, STS 06/11/2013 (TOL4.015.900). Sobre la interpretación de esta sentencia como referida al mandato y no a la escritura de poder *vide* PÉREZ RAMOS, C.: «¿Qué le pasa al TS con los poderes?» en *El notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2014, nº 54). En parecido sentido a la sentencia indicada consideran GONZÁLEZ PACANOWSKA y ALBIEZ DOHRMANN que el poder debe ser expreso y especial de modo que la voluntad del donante esté ya formada en todos sus aspectos esenciales -objeto y beneficiarios- y de modo que la actuación del apoderado se limite a ser un mero nuncio o bien se limite a dar cumplimiento a un mandato especial, trasladándose ahora la cuestión a decidir el grado de especificidad o especialidad necesarios (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «"Apoderamiento y donación" (El mandato general para donar "cui voles et quid voles")», en *Estudios Jurídicos...* Vol. 1. T.1. ob. cit., pp. 1277, 1280, 1281 y 1289; ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentario al art.624 del Código civil», ob. cit. p. 4793).

art.1274 CC) así como la necesidad de que, en cada caso, sea el titular del patrimonio quien valore los merecimientos o necesidades del donatario o el afecto que le profesa, y la propia capacidad de sacrificio en relación con su situación familiar y patrimonial hacen inviable que pueda otorgarse un poder general para donar puesto que se trata de unas apreciaciones que por su naturaleza no cabe delegar¹⁶⁸⁹. En todo caso, si el poder se ha concedido «*para enajenar*» sin precisar si comprende la donación no debe, o al menos es muy dudoso que deba entenderse comprendida la misma, y ello porque la interpretación del poder para donar debe ser lo más restrictiva posible¹⁶⁹⁰. No obstante, la STS 27/11/2019 (TOL7.597.216) ha considerado que si consta la facultad de ejecutar actos de enajenación ningún precepto exige que, asimismo, se especifiquen los bienes concretos a los que se refiere tal facultad.

En cuanto a la forma del poder para donar inmuebles existen, sustancialmente, dos teorías: la que sostiene, con base en el art. 1280.6 CC, que dicho poder está sujeto a la misma forma que la donación de inmuebles y, por tanto, ha de constar en escritura pública¹⁶⁹¹, y la que sostiene que dicho poder no tiene por qué estar sujeto a la misma forma que la donación de inmuebles (aunque razones de seguridad jurídica aconsejen que conste en escritura pública) porque no hay ninguna norma en nuestro ordenamiento que exija forma solemne para el poder (y, por tanto, se aplica la regla de libertad de forma del art. 1278 CC¹⁶⁹²) y porque aunque se aceptara, a efectos dialécticos, que el art. 1280.6 CC exige dicha forma pública la única consecuencia de la ausencia de dicha forma es que tanto poderdante como apoderado podrían compelerse recíprocamente a que el poder verbal o realizado en documento privado se eleve a documento público.

3.1.3.2.1.12 Donación de bienes inmuebles en las que el donante y donatario son la

1689 LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*: *Elementos...*, T.II, Vol. 3º. [2ª ed. 1986], pp. 132-133. En el mismo sentido de mostrarse en contra de un poder general para donar: PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 139; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «"Apoderamiento y donación"...», ob. cit. *passim*. Por contra, a favor de la posibilidad de un poder general para donar STS 04/12/1992 (TOL5.122.999); SAP La Coruña -Secc. 6ª- de 06/11/2007 (TOL1.963.757); SAP Málaga -Secc. 4ª- 30/11/2007 (TOL1.270.677); ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 107-108 y 114; DÍEZ PICAZO, L. *La representación...*, [1ª ed. 1979] ob. cit. pp. 84 y 85; PÉREZ RAMOS, C.: «¿Qué le pasa al TS...» ob. cit. Por su parte, la STS 26/09/2007 (TOL1.221.217) admite la validez de las donaciones otorgadas por un marido que había recibido de su mujer un poder que le autorizaba para donar bienes gananciales y privativos de ésta, aunque de la lectura de dicha sentencia puede deducirse que quizá su pronunciamiento hubiera sido otro si se hubiera impugnado la validez del poder en vez de impugnarse -como se hizo- la validez de las donaciones. El supuesto de hecho es este: una mujer confirió poderes a su marido el 24-5-1988, en los que con relación a los bienes propios de la misma o de la sociedad ganancial de ambos, le autorizaba para «*aceptar y hacer donaciones puras, condicionales u onerosas de cualquier clase de bienes muebles e inmuebles*». En virtud de estos poderes, el marido donó a su madre seis fincas que en los capítulos matrimoniales figuraban atribuidas en la liquidación a su esposa. La SJPI nº 12 de Valencia, de 14-6-1999 afirma que «*no puede ponerse en duda la legitimidad y validez*» del poder y que la esposa demandante tenía conocimiento de la actuación del marido por lo que no existe fraude. La SAP de Valencia -secc. 6ª, de apoyo-, de 26-5-2000, confirmó la apelada y la validez del poder. Por último, el TS confirma la SAP entendiendo que: «*La sentencia recurrida parte de la validez del poder otorgado por la recurrente a su marido en el que autorizaba al apoderado para efectuar actos a título gratuito. La recurrente nunca ha impugnado la validez del poder, sino que [...] lo único que hace es negar la validez de las donaciones efectuadas en virtud del mencionado poder, ya sea por inexistencia o ilicitud de su causa, ya sea por utilización fraudulenta del mismo*».

1690 ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (estudio de derecho notarial y registral)*. Ed. Civitas. 1ª ed. 1992, p. 78; PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad...*, ob. cit. p. 139. En este sentido restrictivo véase p. ej., entre otras, STS 11.10.1989 (TOL1.731.401); STS 30/06/2009 (TOL1.570.793).

1691 DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación...*, ob. cit. p. 124; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «"Apoderamiento y donación"...», ob. cit. p. 1281.

1692 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentario al art.624 del Código civil», ob. cit. p. 4794.

misma persona: la autocontratación inmobiliaria a título gratuito.

Como señala ALBIEZ DOHRMANN la autocontratación puede referirse a una donación en la que el donante y el donatario es la misma persona, si bien se debe ser especialmente cauteloso en este caso¹⁶⁹³. Es preciso distinguir dos ámbitos:

1) En el ámbito de la representación voluntaria será válido el autocontrato cuando el apoderado esté autorizado para ello por su principal y cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «*manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato*»¹⁶⁹⁴. Además la jurisprudencia considera conforme a derecho el poder que autoriza al apoderado para donar bienes del poderdante incluso aunque exista conflicto de interés entre ambos¹⁶⁹⁵. Por tanto, en la representación voluntaria cabe otorgar un poder que confiera al poderdante la posibilidad de donarse a sí mismo los bienes siempre que dicha facultad resulte de la escritura de poder.

2) En el ámbito de la representación necesaria, si no existe oposición de intereses entre donante y donatario, no hay razones para negar validez y eficacia a una donación en la que el donante era el padre y el donatario el hijo, actuando el padre en nombre del hijo¹⁶⁹⁶. Atendiendo a esta circunstancia -la ausencia de un conflicto de intereses-, nuestro TS considera eficaz y válida la representación del hijo por el padre, si bien, en otros casos, considera que el hijo se extralimitó en sus poderes¹⁶⁹⁷.

3.1.3.2.1.13 Donación de bienes inmuebles de ausentes

De acuerdo con el art. 186.3 CC, en redacción dada por la LJV: «*Los poseedores*

1693Ibíd. p. 4793.

1694Así lo indica la RDGRN de 28/4/2015 («BOE» de 1-6-2015). Reiteran dicha doctrina entre otras la RDGRN de 28/6/2013 («BOE» de 1-8-2013); RDGRN 21/6/2013 («BOE» de 29-7-2013); RDGRN de 2 y 3/1/2013 («BOE» de 7-2-2013); RDGRN 18/12/2012 («BOE» de 25-1-2013); RDGRN 22/5/2012 («BOE» de 27-6-2012); RDGRN 13/2/2012 («BOE» de 8-3-2012) y RDGRN 18/7/2006 («BOE» de 25-8-2006). Vide una relación de supuestos de negocios jurídicos gratuitos en los que no existe tal conflicto en ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Eficacia...», ob. cit. pp. 1014-1017).

1695Puede verse, entre otras, STS 04/12/1992 (TOL5.122.999); SAP de La Coruña -Secc. 6ª- de 06/11/2007 (TOL1.963.757); SAP Málaga -Secc. 4ª - 30/11/2007 (TOL1.270.677).

1696Así, señala la STS 5.11.1956 (TOL4.379.463) que: «*si el art. 165 CC limita la necesidad del defensor a los supuestos de que exista esa incompatibilidad u oposición entre el padre y el hijo ha de ser obligada consecuencia admitir como eficaz y válida la representación del hijo por el padre, en aquellos otros en que no concurre esa razón legal...*». A juicio de DÍEZ-PICAZO, se pueden extraer tres afirmaciones de esta sentencia: 1.ª Las reglas concretas de la inadmisibilidad tienen como finalidad exclusiva prevenir colisiones de intereses; 2.ª Cuando no existe colisión de intereses ni se pone en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, no hay razón suficiente para negar eficacia al autocontrato y 3.ª La autocontratación está permitida cuando media la licencia del *dominus negotii* (DÍEZ PICAZO, L.: *La representación...*, [1992] p. 208).

1697En el supuesto de la STS 30/06/2009 (TOL1.570.793) unos cónyuges de avanzada edad, otorgaron a favor de su hijo un amplio poder notarial que incluso le facultaba para «*hacer y aceptar donaciones*» y a incurrir en la figura del autocontrato aun cuando el apoderado tuviere interés en ello. Haciendo uso de tal poder, el hijo constituyó una SL correspondiendo la totalidad de las participaciones a sus padres, aportando a la SL todo el patrimonio inmobiliario de los mismos, así como metálico. Mediante escritura pública otorgada pocos meses después, haciendo uso de los poderes conferidos, el hijo se donó a sí mismo y a su hija todas las participaciones sociales, sin conocimiento de sus padres. Fallecido el hijo, los padres demandan a la SL y a su nieta, solicitando la nulidad de la escritura de donación y la condena de la demandada a reintegrar a los actores todas las participaciones de la sociedad. El JPI desestimó la demanda. La AP revocó dicha sentencia estimando la demanda y el TS confirma la sentencia de la Audiencia considerando que la extralimitación en el mandato conferido aparece clara porque las disposiciones a título gratuito que hizo el mandatario despatrimonializaron absolutamente a los mandantes aprovechando la confianza que éste depositaron en aquel.

temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida». Dicho artículo debe aplicarse a las donaciones por interpretación a fortiori mediante el argumento «a minore ad maius» porque si está prohibido lo menos (disponer a título oneroso de bienes inmuebles sin autorización judicial), está prohibido lo más (disponer a título gratuito de bienes inmuebles sin autorización judicial).

En cuanto a los representantes dativos, dado que se les aplican los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela (art. 185 *if* CC) y a los tutores se le aplican supletoriamente las reglas de la curatela (art. 224 CC en redacción dada por Ley 8/2021, de 2 de junio) aquellos necesitarán autorización judicial para disponer a título gratuito de bienes o derechos, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 287.3 CC).

Por último, firme la declaración de fallecimiento del ausente y abierta, por tanto, su sucesión los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta 5 años después de la declaración del fallecimiento (art.196 CC).

3.1.3.2.1.14 Donación de bienes inmuebles en los que intervienen una persona jurídica

A) Sociedades de Capital. En cuanto a los actos a título gratuito afirma la RDGRN de 2/2/1966 que: *«al ser el fin último de la sociedad la obtención de un lucro o ganancia, el objeto social no puede estar en contradicción con aquél, por lo que no sería procedente la inscripción de los Estatutos de una Sociedad Mercantil en los que se consagrare, como normal y habitual dentro del giro y tráfico de la Empresa, y comprendido, por tanto, dentro de las facultades de los Administradores, la realización de actos a título gratuito, pues constituiría una contradicción con la misma esencia del contrato societario»*. No obstante, la misma resolución considera que *«no hay obstáculo que impida puedan ser otorgados determinados actos aislados con carácter de liberalidad»* enumerando, a continuación, supuestos en los que sería admisible y, asimismo, considerando que ratificada la donación por acuerdo unánime de los socios *«se eliminan los problemas de exceso de poder de los Administradores y de lesión de algún socio, sin perjuicio de los derechos que la legislación reconoce a terceros, especialmente acreedores de la Sociedad, si la enajenación se hubiera realizado en fraude de sus intereses»*¹⁶⁹⁸. Igualmente, la DGRN ha admitido la realización de actos de liberalidad cuando, por sus características, no comprometan la preponderancia del sustancial objeto lucrativo (RDGRN de 22/11/1991) y siempre que se cumplan las normas imperativas sobre protección del capital social (RDGRN 20/1/2015, «BOE» de 24-2-2015). Y esta posibilidad de realizar donaciones cuenta

¹⁶⁹⁸En la doctrina ya habían defendido dicha capacidad para donar de las sociedades mercantiles por acuerdo unánime de los socios, entre otros, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 122; LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos...* I, Vol. 2º [1983] ob. cit. p. 196; POU AMPUERO, F.: «Donaciones hechas por una S.A.», en *RJN*, nº 36, 2000, octubre-diciembre, pp. 308 y 309. Pero, en posición crítica, consideraba SIMO SANTONJA que tratándose de sociedades que persiguen fin de lucro, en principio, tal fin es incompatible con donar porque el concepto de lucro es incompatible con la liberalidad esencial de la donación. *«Lucro -señalaba- significa ventaja, utilidad; liberalidad quiere decir altruismo, desinterés. De hecho, observamos en la vida cotidiana que las sociedades (en general mercantiles) ofrecen premios para dar a conocer el producto, descuentos especiales y hasta concursos radiofónicos que son verdaderos “regalos”. Pero en todos estos casos estamos fuera y muy lejos del campo de la donación. Se trata más bien de, llamémoslas, “generosidades publicitarias” que entran dentro del amplio concepto de la actividad económica, función característica de las sociedades»* (SIMO SANTONJA, V.L.: «Contrato de donación y persona jurídica» en *RDP* 1963, p. 986).

con reconocimiento en la legislación fiscal¹⁶⁹⁹. De todos modos, entiendo, que el nuevo art. 160 f LSC es aplicable *a fortiori* a las donaciones de bienes inmuebles cuando estas sean posibles.

Por último, las actividades de mecenazgo, que puedan estar previstas en las cláusulas estatutarias, no son necesariamente contrarias al ánimo de lucro que busca toda sociedad mercantil¹⁷⁰⁰.

B) Fundaciones. El art. 21.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y el art. 17 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal aprobado por RD 1337/2005, de 11 de noviembre someten la que denominan enajenación gratuita al mismo régimen que la onerosa por lo que nos remitimos para su estudio al apartado correspondiente de este trabajo. Así, en las fundaciones la representación corresponde al Patronato (art. 14 Ley 50/2002) exigiendo el art. 21 de dicha Ley autorización del Protectorado para enajenar (onerosa o gratuitamente) o gravar bienes que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, y simple comunicación por el Patronato al Protectorado en los 30 días hábiles siguientes para disponer de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los señalados. Realizado el acto de disposición sin autorización se puede subsanar el defecto con la autorización *a posteriori* realizada por el Protectorado (art. 21 RD 1337/2005, de 11 de noviembre, que aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal), subsanabilidad del defecto que haría pensar, al menos desde la lógica bipartita, que el tipo de invalidez es la anulabilidad relativa.

C) Asociaciones. En las Asociaciones el poder de representación corresponde al órgano de representación del cual sólo podrán formar parte los asociados y que deberá gestionar y representar los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General (art. 11.4 LODA, de 22 de marzo). La ley deja libertad a los estatutos para determinar sus atribuciones (art.7.1.h LODA) pero las facultades de dicho órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación siempre que no requieran conforme a los estatutos, autorización expresa de la Asamblea General (art.12.a, LODA). Dichas Asociaciones podrán, con carácter general, disponer o enajenar bienes previo acuerdo de la Asamblea General adoptado por mayoría cualificada recogida en el art.12 d LO 1/2002 salvo que los estatutos lo dispongan de otro modo.

En todo caso, es discutible si en la expresión «*disposición o enajenación de bienes*» del art. 12 d LO 1/2002 cabría incluir las disposiciones a título gratuito. y ello porque si bien, como señala ALBALADEJO, las Asociaciones en principio pueden donar al amparo del art. 624 CC¹⁷⁰¹, no obstante no podrán ceder gratuitamente los beneficios obtenidos a ninguna personas física o jurídica con interés lucrativo (art. 13 LODA)¹⁷⁰².

1699Cfr. arts. 17.4. a), 110.1. b Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

1700Así, la RDGRN de 20/1/2015 (BOE de 24-2-2015) revoca la calificación registral que había denegado la inscripción de una escritura de donación de tres fincas otorgada por una SL y afirma que si bien el art. 48.2.a) LSA [actual art. 93.a) LSC] impide que se lleven a efecto donaciones con cargo al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición, ello no impide «*la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruistas, cuando no impliquen vulneración, impedimento u obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el art. 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios*».

1701ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 122.

1702 GONZALEZ PEREZ, J. «Artículo 13. Régimen de actividades» en *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*. Ed Civitas. Madrid, 2002, pp. 237-238. De hecho, si-

3.1.3.2.1.15 Donaciones de bienes inmuebles con infracción del requisito de forma del artículo 633 Cc

Dispone el art. 633 CC que: «Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras». La exigencia de la forma prescrita para la donación de inmuebles se basa en la peculiar reflexión que merece un acto de tales características y, en último término, en la seguridad jurídica¹⁷⁰³. Y la importancia de dicha forma radica en que la misma actúa como «despertador de la conciencia jurídica»¹⁷⁰⁴ y en su finalidad tuitiva ya que, con cita de nuestra jurisprudencia, «por significar [la donación] una merma sin contraprestación del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego»¹⁷⁰⁵.

Dado que el art. 633 CC establece una forma sustancial o «ad solemnitatem»¹⁷⁰⁶ señalará reiteradamente nuestro TS, en aplicación del viejo principio «forma dat esse rei», que «las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren si no aparecen instrumentadas en escritura pública»¹⁷⁰⁷. Pero ¿se trata de un supuesto de nulidad absoluta, de inexistencia o de nulidad relativa? El problema se plantea principalmente con relación a la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa otorgada en escritura pública y sobre el tipo de invalidez de dicha donación disimulada se han vertido las siguientes teorías:

que señalando este autor, incluso para que fuera admisible una cesión gratuita a una persona que no tenga interés lucrativo será preciso que el destino dado a los bienes sea congruente con la finalidad para la que se constituyó la asociación porque, en caso contrario, se contravendría la primera obligación de toda asociación: realizar la actividad necesaria para el cumplimiento de sus fines, a cuyo servicio están todos sus bienes (ibídem p. 237).

1703DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. p. 163. Así, señala nuestra jurisprudencia que la donación de inmuebles es un contrato solemne que en atención a su naturaleza gratuita impone ciertas precauciones no solo «para que "la nobleza e bondad de corazón" que la determinan no se vean en ciertos propósitos o manifestaciones que no revelen de manera auténtica la voluntad de donar» (STS 13/05/1963, TOL4.328.966) sino también «para garantizar la solidez y seguridad del "animus donandi" y evitar generosidades quizá precipitadas» (STS 06/04/1979, TOL1.741.123). De este modo, como señala la STS 27/04/2012 (TOL2.532.520): «la especial gravedad que puede representar la donación para el patrimonio del donante requiere la necesaria deliberación, que es contraria a cualquier idea de precipitación». Hacen alusión a la seguridad jurídica como fundamento del requisito de forma entre otras la STS 07/05/1993 (TOL5.127.087) y la STS 27/07/1994 (TOL1.665.733).

1704VON IHERING, R.: *El espíritu...*, ob. cit. p. 219.

1705STS 03/03/1932 (TOL5.027.931). Recoge dicho fundamento la SAP León 28/12/2012 (TOL3.054.570). Y en nuestra doctrina DE CASTRO que señala que la exigencia de la forma del art. 633 CC se debe «más que a la conveniencia de proteger al donante frente a su debilidad o exceso de generosidad, a lo peligroso de la donación para los legítimos intereses de terceros [...], que llevan a sancionar con la nulidad las donaciones clandestinas» (en DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 354).

1706Por todas, y entre otras muchas, STS 27/04/2012 (TOL2.532.520).

1707Entre otras, y por todas STS 27/09/1989 (TOL1.731.067). Reiteran esta doctrina, entre otras, la STS 24/09/1991 (TOL1.728.583); STS 03/03/1995 (TOL1.658.249); STS 24/10/1995 (TOL1.657.870).

1) Teoría de la inexistencia. - Sin perjuicio de los problemas teóricos que plantea la figura de la inexistencia y a los que ya hemos hecho reiterada alusión en esta obra, lo cierto es que nuestra jurisprudencia, en numerosas ocasiones, califica la donación de inmuebles realizada sin cumplir el requisito de forma del art. 633 CC como de inexistente¹⁷⁰⁸. También, en nuestra doctrina, ha sido defendida dicha tesis de la inexistencia por DE CASTRO que consideraba que dentro de la nulidad en sentido amplio podían distinguirse los negocios inexistentes (que, a su vez, podrían ser incompletos, defectuosos y aparentes), imperfectos y prohibidos perteneciendo los negocios carentes de la forma necesaria al grupo de los negocios inexistentes por incompletos¹⁷⁰⁹. Se adhiere a esta teoría de la inexistencia entre otros ALBIEZ DOHRMANN porque el CC, a diferencia del BGB, no contiene una norma expresa que declare la nulidad de los negocios que incumplen la forma exigida por la ley por lo que más que donaciones nulas, serían inexistentes por no respetar la forma que exige el ordenamiento¹⁷¹⁰. En todo caso, esta teoría a efectos prácticos es prácticamente idéntica a la teoría de la nulidad radical (de hecho, muchas sentencias consideran ambos conceptos equiparables usando indistintamente uno u otro) que pasamos a exponer.

2) Teoría de la nulidad radical y absoluta de pleno derecho. Teoría mayoritaria sostenida por nuestra Jurisprudencia tradicional y por la doctrina¹⁷¹¹. En todo caso, frente a una dubitativa jurisprudencia anterior dictada *ad casum*¹⁷¹² la STS 11/01/2007,

1708 Así, STS 26/01/1988 (TOL1.735.466); STS 26/05/1992 (TOL5.122.939); STS 05/05/2008 (TOL1.370.043); SAP Alicante [6ª] 06/10/2010 (TOL2.047.965); SAP Madrid [13ª] 17/12/2010 (TOL2.056.718); SAP Valencia [8ª] 22/12/2010 (TOL2.083.002); SAP Huelva [3ª] 06/07/2011 (TOL2.445.542); SAP Madrid [25ª] 31/10/2012 (TOL2.695.485); SAP Barcelona [14ª] 14/01/2013 (TOL3.241.337); SAP Valladolid [1ª] 10/12/2013 (TOL4.078.946); SAP Sevilla [5ª] 24/01/2014 (TOL4.177.043); SAP Granada [3ª] 04/07/2014 (TOL4.553.232); SAP Las Palmas [4ª] 08/06/2015 (TOL5.537.283).

1709 DE CASTRO, F.: *El Negocio...*, ob. cit. p. 472; del mismo autor, aunque calificando, con un «*criterio sanamente restrictivo*», de nula (sin referencia a la inexistencia) tanto la venta simulada como la donación disimulada vid. DE CASTRO, F.: «Sentencias comentadas: La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble» en *ADC* 1953-4, p. 1005. Y sería nula tanto la venta simulada como la donación disimulada porque, como señala este autor, «*sería contrario al espíritu de nuestro Derecho un principio como el siguiente: será válido sin la forma legal cualquier negocio jurídico, sólo con que se le disimule mediante otro negocio formal aparente*» (ob. cit. p. 1011).

1710 ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «Comentarios a los arts. 632- 633 del Código Civil» en *Comentarios...*, t. IV. ob. cit. pp. 4834-4835. Así, el § 125 BGB prevé que: «*Un negocio jurídico que no observa la forma exigida por la ley es nulo. La inobservancia de la forma determinada en un negocio jurídico también tiene como consecuencia, en caso de duda, la nulidad*».

1711 Vide sobre la jurisprudencia del TS, DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. p.176. Entre muchas otras la califica expresamente de nulidad absoluta p. ej. STS 03/03/1995 (TOL1.668.480). No obstante, la STS 5/5/2008, y a partir de ella muchas, preferirán el calificativo de inexistente. En la doctrina defienden dicha nulidad absoluta, entre otros, ALBALADEJO, M.: *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*. EDERSA. Madrid 1998, pp. 7-12; ALBALADEJO, M y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 225 y ss., 229, 237 y ss.; ANDERSON, M.: *Las donaciones onerosas*. Ed: CORPME. Madrid. 2005, pp. 349-362.; DE CASTRO, F.: «Sentencias comentadas: La simulación...», ob. cit. pp. 1005 y 1011; del mismo autor, *El negocio...*, ob. cit. pp. 353-355; DIAZ ALABART, S.: «La nulidad de las donaciones...», ob. cit. p. 1108; DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...II*. ob. cit. pp. 340-341; DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp. 269 y ss.; GONZÁLEZ-MENESSES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «La donación», [2ª ed., 2016] ob. cit. pp. 639 y 656-66; LACRUZ BERDEJO, J.L. et al.: *Elementos...II*, 2. ob. cit. p. 130; del mismo autor, *Elementos...II*, 3. ob. cit. pp. 138-139; MARTINEZ VELENCOSO, L. M.: «Validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa» en *RADP*, nº 9, 2002, p. 212 y PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos...*, T. II - Vol. I. [3ª ed. 1988], pp. 159 y 446.

1712 Vide sobre dicha jurisprudencia contradictoria y *ad casum* DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp. 128 y ss. y 136 y ss. quien llega a señalar que, si bien la jurisprudencia dominante rechaza la

en Pleno, estableció con carácter de doctrina jurisprudencial, aunque con cuatro votos particulares, que: «la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública[...]. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos[...]. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos»¹⁷¹³. Asimismo, dicha sentencia aplica este criterio jurisprudencial, frente a jurisprudencia y doctrina anterior, no solo a las donaciones puras sino también a las donaciones remuneratorias¹⁷¹⁴.

Siendo nula la donación de inmuebles con defecto de forma carecerá por completo de efectos por lo que no es título que fundamente la transmisión de la propiedad al donatario mediante la tradición ni hará nacer a cargo del donante ninguna obligación ni siquiera la de otorgar la escritura pública para que sea válida la donación¹⁷¹⁵, ni cabrá, dada la concepción bipartita de la invalidez en que se funda, la convalidación, subsanación o confirmación posterior de la donación¹⁷¹⁶, ni cabrá, en fin la usucapión ordinaria -sí la extraordinaria- por falta de título válido¹⁷¹⁷.

En cuanto a la legitimación activa si bien en orden de principio y consecuentemente con la naturaleza radical y absoluta de la nulidad (o de la inexistencia) la legitimación activa debiera suponer, desde una visual bipartita de la invalidez, que todo interesado pueda instar su declaración, en la práctica los tribunales restringían la legitimación activa para promover la invalidez¹⁷¹⁸. Así, cierta corriente jurisprudencial, por razones de equidad negaba legitimación activa para pedir la nulidad de la donación disimulada

aceptación simulada del acto encubierto por impedirlo el carácter *esencialiter* formal de las donaciones inmobiliarias, en ocasiones las circunstancias del caso concreto hicieron que el TS se apartase de dicho criterio claro (ob. cit. pp. 127 y 128). Y es que, decía VALLET, «el problema del TS al pretender hacer justicia en cada caso y acomodarse al sistema de casación por infracción de doctrina legal, está en tratar de administrar a la vez aquella, que es eminentemente casuística, y de elaborar esta última [...]» (VALLET DE GOYTISOLO, J.B.: *Estudios sobre donaciones*, ob. cit. p. 652). Por su parte, pueden consultarse en ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 265 y ss. numerosas SsTS favorable a que la escritura de venta simulada sirva de forma para la donación disimulada.

1713STS 11/01/2007 (TOL1.038.338). *Vide* comentarios a esta sentencia en DURÁN RIVACOBA, R.: «Jurisprudencia comentada...», ob. cit. pp. 79-93; PÉREZ GURREA, R.: «La donación de bienes inmuebles encubierta...» ob. cit. pp. 569-584. Dicha doctrina jurisprudencial, ya sin votos particulares, se confirma posteriormente en numerosas sentencias del TS: así, p.ej., STS 16/01/2013 y las allí citadas (TOL3.407.348).

1714DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp.190-192.

1715ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 225-226. En el mismo sentido, STS 03/03/1995 (TOL1.667.118).

1716Así, STS 26/01/1988 (TOL1.732.759); STS 25/09/1993 (TOL1.663.294); STS 03/03/1995 (TOL1.667.118). En la doctrina, en el mismo sentido, entre otros, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 229; DE LOS MOZOS, J.L.: *La donación...*, ob. cit. pp. 184-186; DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp. 269 y ss.; POVEDA BERNAL, M. I.: *Relajación formal de la donación*. Ed Dykinson. Madrid. 2004, pp. 169-173.; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos...*, T. II - Vol. I. [3ª ed. 1988] p. 159.

1717DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp. 213-221. ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 227 En el mismo sentido, vid STS 26/01/1988 (TOL1.732.759) y las allí citadas.

1718Sobre problemas de legitimación activa *vide* DURÁN RIVACOBA, R.: *Donación...*, ob. cit. pp. 228-267. Entiende, en posición discutible, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. pp. 235 y 236 que también cabe rechazar las impugnaciones realizadas por quienes dieron por buena la donación o le prestaron su aquiescencia en virtud de la prohibición de ir contra sus propios actos.

a los herederos voluntarios o abintestato o legatarios del donante¹⁷¹⁹ para evitar, como nos recuerda ALBALADEJO, que si el donante, que queriendo donar un inmueble lo ocultó bajo forma de compraventa, muere sus herederos voluntarios puedan atacar tanto la falsa venta como la verdadera donación «*recobrando así el inmueble y chasqueando al pobre difunto que realmente quiso regalarlo, pero deseando que no lo pareciera*»¹⁷²⁰. Dicha jurisprudencia, ya abandonada¹⁷²¹, fue atacada no solo porque utilizaba argumentos falaces¹⁷²² sino también porque, dice DIAZ ALABART, era una «*tesis inaceptable en buenos principios*» ya que la acción de nulidad absoluta corresponde a cualquier interesado, incluso a las partes que otorgaron el acto nulo, por lo que corresponde en vida al donante y, fallecido este, a todos sus herederos sean estos forzosos o voluntarios¹⁷²³. En resumen, en opinión de ALBALADEJO en este asunto el TS en ocasiones se ha saltado la ley «*con toda limpieza, porque juzga no deseable el resultado legal*»¹⁷²⁴ cuando, en opinión de dicho autor, dicho problema «*no necesita de equidad, pues tiene un arreglo rigurosamente legal, y no sedicentemente equitativo, así que debe resolverse con arreglo a la ley, y no con una ilegal equidad*»¹⁷²⁵.

Desde luego desde una concepción bipartita el dilema es irresoluble: o se cumple la ley con todas sus consecuencias o se busca la justicia del caso con todas sus consecuencias¹⁷²⁶. Sólo, opino, mediante la superación de la concepción bipartita y

1719Vide sobre esta teoría DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 358. Así, niegan legitimación para impugnar la donación al heredero voluntario o abintestato y al legatario, entre otras, la STS 30/06/1944 (TOL4.458.748); STS 19/01/1950 (TOL4.451.208); STS 22/04/1963 (TOL4.329.382); STS 21/03/1964 (TOL4.324.843); STS 05/07/1966 (TOL4.305.785); STS 25/04/1967 (TOL4.301.193); STS 30/05/1968 (TOL4.276.655). Por contra, a favor de la legitimación activa de los herederos abintestato y voluntario STS 24/10/1995 *obiter dicta* (TOL1.657.870). En todo caso, sí podrían impugnar la donación disimulada los legitimarios (sobre este último extremo véase ampliamente GARCÍA VICENTE, J.R.: *La simulación...*, ob. cit. pp. 82-85).

1720ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 231; en el mismo sentido, DIAZ ALABART, S.: «La nulidad de las donaciones...» ob. cit. p. 1110. Reitera este argumento DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 354 cuando resalta que atenta contra la equidad y «*resulta doloroso decretar la nulidad de una venta que encubre, más que una donación intervivos, una transmisión a título hereditario; simulación quizás aconsejada por un profesional para evitar impuestos, y nulidad que hará que los bienes vayan a quienes no quería el causante*».

1721Señalaban ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 263 que la jurisprudencia que niega legitimación al heredero voluntario, salvo la pequeña resurrección de la STS de 24/10/1995, está ya abandonada. Y así, p.ej., la STS 05/11/2012 (TOL2.698.175), rechazando expresamente «*la doctrina, que había sido mantenida en tiempos pretéritos*», destacará que los herederos pueden instar la acción de nulidad de un negocio por inexistencia celebrado por el causante sin que sea preciso que tal heredero sea, además, legitimario.

1722Es falaz el argumento usado, en ocasiones, por la jurisprudencia de que los herederos voluntarios no pueden atacar la donación porque tenían que respetar los actos propios del causante ya que dicho respeto sólo se debe a los actos válidos. Y es falaz el argumento de que los herederos no puedan impugnar las donaciones disimuladas porque no pudieron heredar de dichos causantes una acción de impugnación que estos no tenían porque un acto nulo puede atacarlo cualquier interesado y, entre ellos, los propios que lo otorgan (ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 262).

1723DIAZ ALABART, S.: «La nulidad de las donaciones...», ob. cit. p. 1110. En el mismo sentido, se muestran favorables a que los herederos voluntarios puedan instar la nulidad de la donación disimulada, entre otros, ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación...*, ob. cit. pp. 231 y 261 y ss.; DIEZ PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema...II*. ob. cit. p. 341; VALLET DE GOUTISOLO, J.B.: *Estudios sobre donaciones*, ob. cit. pp. 668-681.

1724ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S.: *La donación*, ob. cit. p. 235.

1725Ibid. pp. 261-263.

1726En pura lógica dicha concepción bipartita impone reconocer igualmente legitimación para solicitar la nulidad al donante porque como señala la STS 03/03/1995 (TOL1.667.118): «*tampoco puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo su nulidad, pues esta, se repite, es absoluta, legítima a cualquier interesado para pedirla y la acción es imprescriptible*».

configurando dicha nulidad de pleno derecho como relativa puede darse solución equitativa a los problemas planteados. Lo que conduce a una posición aislada que, aunque meramente perfilada, creo que merece la pena explorar: la tesis de la nulidad relativa de pleno derecho que paso a exponer:

3) Teoría de la nulidad relativa o nulidad atípica. Recientemente ha entendido CLAVERIA GOSALVEZ que cuando no se observe en la donación la forma exigida *ad substantiam* aunque, a primera vista, pudiera pensarse que es una nulidad de interés público, dada la necesidad de claridad y certidumbre en las relaciones jurídicas, ello sería contrario al sistema antiformalista español por lo que, entiende, solo podrán invocar la nulidad por inobservancia de la forma exigida *ad substantiam* por el art. 633 CC el donante y, en su caso, sus acreedores y legitimarios¹⁷²⁷. Aunque este autor no lo formula expresamente la inclusión que hace del legitimario parece apoyar la exclusión, *a contrario sensu*, del heredero voluntario en consonancia con la corriente jurisprudencial indicada.

Me inclino por defender dicha teoría de la nulidad relativa de pleno derecho en base a la quiebra, que he venido manteniendo en esta obra, de la teoría bipartita. Y ello porque la teoría de la nulidad absoluta desde una visual bipartita obliga a reconocer inexorablemente legitimación activa a los herederos voluntarios (como interesados que son) y ello supondría, como vimos, vulnerar la verdadera voluntad del testador/donante. Por lo tanto, entiendo que la invalidez del art. 633 CC es una nulidad relativa de pleno derecho insubsanable. Nulidad porque así lo exige el art. 633 CC y relativa porque debe restringirse el ámbito de legitimados excluyendo a los herederos voluntarios para alcanzar un resultado conforme con la voluntad real del causante y porque el donante en vida realizó una renuncia tácita pero inequívoca a la acción de nulidad (la renuncia no es contraria al interés o el orden público porque no se trata de una nulidad de interés público sino privado ni perjudica a terceros -art. 6.2 CC- ya que los herederos no pueden considerarse como terceros, arg. art. 1257 CC) por lo que no transmitió a sus herederos voluntarios ese derecho (el derecho a impugnar la validez) que ya había renunciado.

3.1.2 Invalidez por defectos del modo en los negocios onerosos intervivos (remisión)

Como hemos visto el poder de disposición es un elemento del modo y no del título. Pues bien, la doctrina mayoritaria entiende que la venta de cosa ajena es un defecto del modo y algunos autores han defendido que la disposición por un cónyuge a título oneroso de un bien ganancial es igualmente un defecto del modo¹⁷²⁸ e incluso que existiría un defecto de poder de disposición cuando los bienes eclesiásticos se enajenan por un religioso (persona física) sin la preceptiva licencia¹⁷²⁹. La transcendencia de ubicar una anomalía en el título o en el modo es esencial porque la usucapción corta no sana, al menos en principio, defectos del título¹⁷³⁰. En todo caso para su estudio, nos remitimos al epígrafe correspondiente de esta obra.

1727CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: «Notas para una revisión...», ob. cit.

1728Entre otros YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología...», ob. cit. pp. 547-680; GIMENEZ DUART, T.: «La adquisición...», ob. cit. pp. 242, 329, 330, 331, 361 y 362 *et passim*; DE LA CAMARA, M.: «El nuevo artículo 1413...», ob. cit. *passim* y especialmente ADC 1959-3 p. 877; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a. E. Disposición..., ob. cit. pp. 140, 158-163 y 368.

1729VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 293-294.

1730Más ampliamente sobre el principio general y sus excepciones en TRINCADO AZNAR, JM.: «El ámbito legitimador...» ob. cit. *passim*.

4. La ineficacia funcional del negocio dispositivo intervivos desde un punto de vista dogmático.

La ineficacia del negocio jurídico puede deberse no sólo a causas intrínsecas, originarias y estructurales (es decir, a la concurrencia de un defecto en un elemento esencial del contrato: consentimiento, objeto o causa) que son *stricto sensu* los supuestos de invalidez y que se han examinado en el capítulo anterior, sino que puede deberse, asimismo, a causas extrínsecas a dicho negocio y que constituyen los supuestos de ineficacia funcional. Esta última ineficacia presupone un negocio jurídico cuya estructura interna se conforma de un modo válido y adecuado, pero que, por circunstancias extrínsecas al mismo, no produce efectos jurídicos quedando afectado en su normal funcionamiento. Y entre dichos negocios estructuralmente válidos pero ineficaces se encuentran los supuestos de rescisión de los arts. 1290- 1299 CC¹⁷³¹ y los supuestos de nulidad por colisión del negocio con la ley prohibitiva. Esta última forma de ineficacia se regula en el art. 6.3 CC y aunque formalmente se denomina «*nulidad de pleno derecho*» es conceptualmente distinta de la nulidad de pleno derecho derivada de defectos estructurales del negocio. En resumen, en la invalidez estructural la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura del negocio; en la ineficacia funcional se atiende, en cambio, a las consecuencias que un negocio estructuralmente regular produce en la realidad por lo que existe ineficacia funcional cuando un negocio regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho¹⁷³².

4.1 Relevancia de la distinción entre control estructural y funcional.

Las consecuencias de la distinción entre contratos ilegales del art. 6.3 CC y contratos con causa ilícita del art. 1275 CC es relevante por varias razones: en primer lugar, porque en estos, a diferencia de aquellos, no es preciso alegar una disposición expresamente afectada ya que incluye los contrarios al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho¹⁷³³; en segundo lugar, porque la ilicitud de la causa debe concurrir exclusivamente en el momento de perfección del contrato no siendo posible supuestos de ilicitud sobrevinida de la causa mientras que es perfectamente posible, aunque excepcional, que un contrato se vea viciado de ilegalidad ex 6.3 art. CC de forma sobrevinida por la promulgación de una nueva norma constante contrato¹⁷³⁴; en tercer lugar, porque la consecuencia de la ilicitud causal es siempre la nulidad de pleno derecho mientras que el contrato ilegal del art. 6.3 CC no tiene por qué necesariamente ser nulo de pleno derecho puesto que dicha sanción se reserva únicamente para los casos más graves en que la finalidad de la norma no pueda

1731Otros supuestos teóricos manejados por la doctrina como de ineficacia funcional del negocio (como la resolución o la revocación) son en realidad, señala DIEZ PICAZO, «una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevinidas» por lo que, en tales casos, no existe verdadera ineficacia, sino «cumplida eficacia del contrato, aun cuando ésta no sea la inicialmente prevista o buscada» (DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, vol. I, ob. cit. (4º ed.) pp. 431-432).

1732DIEZ PICAZO, L. «Eficacia...», ob. cit. pp. 829-830.

1733VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 88.

1734VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, pp. 89 y 277-283. Aunque la jurisprudencia parece inclinarse por la irrelevancia de la ilegalidad sobrevinida (STS 10/12/1990, TOL1.730.144; SAP Valencia -Secc. 6ª- de 20/03/2013, TOL4.743.545; SAP Málaga -Secc. 5ª- de 03/09/2004, TOL1.183.920) entiendo, no obstante, VAZQUEZ DE CASTRO que si desplazamos el debate desde el punto de vista estructural (desde la ilicitud de la causa) al funcional (a la ilegalidad del contrato) aunque, por regla general, la ilegalidad sobrevinida no altere, por motivos de seguridad jurídica, la eficacia o ineficacia del contrato sí podrá alterarla, por excepción, si la nueva norma contempla expresamente la retroactividad o un régimen transitorio (ibid. p. 281).

salvaguardarse de otra forma, pero en casos no tan graves pueden proceder distintos regímenes de invalidez e incluso la validez del contrato si existen otras sanciones en otros ámbitos del ordenamiento que satisfacen plenamente la finalidad de la norma lo que supone sin duda una flexibilidad de las consecuencias de la ilegalidad¹⁷³⁵; y en cuarto y último lugar, los efectos de la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 CC son diferente a los efectos de la nulidad del art. 1275 CC porque, en aquel caso, se aplica el art. 1303 CC al ser la restitución recíproca la regla general en caso de nulidad¹⁷³⁶, mientras que en el caso del art. 1275 CC se aplican los arts. 1305-1306 CC¹⁷³⁷.

4.2 Ineficacia o eficacia del acto contrario a la norma imperativa o prohibitiva del artículo 6.3 CC

4.2.1 Análisis del artículo 6.3 CC.

Señala el art. 6.3 CC, en su redacción dada por Decreto de 31/5/1974, que: «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*»¹⁷³⁸. El análisis de esta norma merece detenernos en los siguientes aspectos que resultan de la descomposición de dicho precepto:

1) «*Los actos...*» la letra de la ley excluye los simples hechos jurídicos en los que no interviene la voluntad humana¹⁷³⁹. Excluidos unánimemente por la doctrina dichos meros hechos un sector de la misma entenderá que el art. 6.3 CC abarca toda clase de actos cualquiera que sea su naturaleza¹⁷⁴⁰, mientras que otro considera que el art. 6.3 CC comprende solo aquellos actos jurídicos que contengan una declaración de voluntad que constituya un negocio jurídico¹⁷⁴¹ porque, señala BLASCO GASCO en defensa de esta última postura, lo relevante no es la voluntariedad en la realización del acto sino que los efectos del mismo deriven de dicha voluntad, es decir que se trate de un negocio jurídico¹⁷⁴². En todo caso, el acto jurídico susceptible de ser declarado nulo debe ser positivo porque la mera omisión o no hacer lo que la norma impone hacer no es nulo¹⁷⁴³.

2) «*...contrarios...*». La doctrina y jurisprudencia son unánimes al señalar que para que exista el supuesto de hecho del art. 6.3 CC es necesario que se dé una verdadera colisión o contradicción jurídica entre el acto y la norma prohibitiva y no una mera disconformidad o disparidad¹⁷⁴⁴.

1735VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 90 y 151.

1736Ibidem p. 358.

1737Según VAZQUEZ DE CASTRO (ibíd. p. 89) solo si la causa es inmoral; en contra SABORIDO SANCHEZ (*La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 315, 320 y ss. y 331).

1738En cuanto a los antecedentes históricos y precedentes del art. 6.3 CC véase DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I. ob. cit. pp. 534-540; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 770-775; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 17-21. Sobre concordancias de dicha norma en derecho comparado véase BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 21-23.

1739Así, DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I. ob. cit. p. 536; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 34-35; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 811; PUIG PEÑA, F.: *Compendio...*, T. I. ob. cit. p. 125.

1740Así, DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I. ob. cit. p. 536 señalando que: «*comprende, por ejemplo, a los negocios jurídicos, declaraciones y manifestaciones de voluntad, toma de posesión, traditio, relaciones pseudo matrimoniales, unión y agregación de cosas, concesiones, etc.*».

1741CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 811; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 34; AZUA GONZALEZ, C. «Artículo 6.3 Cc» en *Código...*, ob. cit. pp. 83-84.

1742BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 35 y 39.

1743Ibid. p. 40.

1744Entre otros muchos, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil I*, ob. cit. p. 183; DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I. ob. cit. p. 536; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 40-41, 67 *et passim*.

3) «...a las normas imperativas o prohibitivas...». La ley infringida a que hace referencia el art. 6.3 CC debe ser una norma de derecho necesario (imperativa o prohibitiva) que es la única que puede corregir y alterar la voluntad de los particulares¹⁷⁴⁵ y aunque el precepto alude a «las normas imperativas o prohibitivas» en realidad el art. 6.3 CC se limita a las normas imperativas que sean a la vez prohibitivas porque no hacer lo que la norma impone hacer no es nulo¹⁷⁴⁶. Por lo demás, dicha ley infringida puede ser de derecho público o privado¹⁷⁴⁷; puede ser Ley *stricto sensu*, un Tratado internacional que forme parte del Derecho interno, una norma consuetudinaria¹⁷⁴⁸ o, incluso, un principio general del derecho¹⁷⁴⁹, aunque, como señala PUIG PEÑA, «sea forzoso reconocer que las disposiciones imperativas no suelen consignarse en estas fuentes subsidiarias»¹⁷⁵⁰. Por contra, la contravención a que alude el art. 6.3 CC no alcanza a la norma jurídica extranjera aplicable por nuestros tribunales ex arts. 9 a 11 CC pues debe ser el ordenamiento extranjero quien determine el alcance y efectos de su infracción¹⁷⁵¹. En cuanto a las normas penales su infracción se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de causa ilícita más que de contrato ilegal¹⁷⁵², si bien la doctrina moderna ha criticado dicha postura y

1745La contradicción de la voluntad negocial con el derecho dispositivo no es suficiente, según la doctrina mayoritaria, para desencadenar la reacción de la sanción de nulidad del art. 6.3 [AZUA GONZALEZ, C.: «Artículo 6.3 Cc» en *Código...*, ob. cit. p. 84; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 44-48; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit., pp. 806 y 815-816; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 971; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 208-210]. Por contra, sobre la base del antiguo texto del art. 4 CC en su redacción anterior al Decreto de 31-5-1974 (artículo 4 que es precedente del actual art. 6.3 CC) DE CASTRO había sostenido que las leyes dispositivas producían los mismos efectos que las leyes imperativas (DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I ob. cit. p. 534) y recientemente, en posición minoritaria, y ya conforme a la nueva redacción del art. 6.3 CC, ha defendido que este artículo abarca también la contradicción con la norma dispositiva GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 6 CC» en *Comentario del Código Civil*, T I. ob. cit. p. 36 y AMOROS GUARDIOLA, M.: «Comentario a los artículos 6.2, 6.3 y 6.4 del Código civil» en *Estudios Jurídicos*. T III. Ed: Colegio de registradores. Madrid 2009, pp. 67-69.

1746BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 40, 45-47 *et passim*; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit., p. 805.

1747Así, entre muchos otros, AMOROS GUARDIOLA, M.: «Comentario...», ob. cit. p. 64; BERNALQUIRÓS CASCIARO, J.T.: «Consideraciones sobre el nuevo título preliminar (Normas de Derecho privado)» en *RCDI* núm. 514, mayo - junio 1976, p. 578; DE CASTRO, F.: *Derecho civil...*, T.I ob. cit. p. 536; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema...* Vol. I (13ª ed. 2016) p. 175; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 6 Cc», ob. cit. p. 36; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 229.

1748BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 44; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 776.

1749Así, señala la doctrina que, en caso de laguna legal, cabe usar como límite a la autonomía de la voluntad los principios generales que inspiran diferentes grupos de normas dispositivas por la condición de orden público de dichos principios (así, p. ej. VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 210, si bien considera este autor que en los casos de violación del orden público tradicional el cauce más adecuado para la demanda será mediante la causa ilícita o inmoral y, por ende, la sanción sería, en todo caso, la nulidad absoluta, mientras que, en los casos de violación del orden público económico, la demanda debería encauzarse a través de los actos contra ley del 6.3 del CC que permite cualquier tipo de sanción dependiendo de las circunstancias, *ibíd.* p. 220).

1750PUIG PEÑA, F.: *Compendio de derecho civil español*, T. I. Ed. Nauta. Barcelona. 1966 p. 125.

1751BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 44; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 776 que señala que, no obstante, se aplicará el artículo 6, 3.º, si acreditada la existencia de la norma extranjera aplicable «no se consigue probar -con el alcance de un hecho- la existencia de una norma en ese Ordenamiento que, para el caso de contravención, disponga otra cosa distinta de lo preceptuado en el artículo 6.3».

1752Parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que la aplicación del art. 1.305 CC presupone una sentencia penal condenatoria del contratante, en razón de hechos constitutivos de delito (así DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Comentario al artículo 1305 del Código civil» en *Comentarios Edersa*. T. XVII, Vol. 2º y SAP Santander, Secc. 4ª, 24/2/2006, TOL858.035). Por contra, otro sector doctrinal y jurisprudencial considera que la aplicación del art. 1.305 CC exige la necesaria calificación del supuesto de hecho dentro de las categorías comprendidas en las leyes penales, pero no se requiere una sentencia penal

defendido de manera convincente que no necesariamente habrá que acudir a dicho análisis estructural¹⁷⁵³.

En cuanto al rango normativo de las normas contrariadas a que hace referencia el art. 6.3 CC engloba las leyes estatales (orgánicas u ordinarias)¹⁷⁵⁴ y autonómicas en el ámbito de sus respectivas competencias¹⁷⁵⁵. También, según la doctrina mayoritaria, y dado que el art.6.3 CC habla de normas y no como su precedente que hablaba de Ley, engloba los reglamentos¹⁷⁵⁶ si bien dichos reglamentos podrán limitar la libertad contractual por la vía del art. 6.3 CC siempre que desarrollen y estén legitimados por una norma de rango legal que le preste su cobertura para poder limitar la libertad contractual y que no se extralimite en la materia que la ley le ha habilitado a regular¹⁷⁵⁷. No obstante, la doctrina y jurisprudencia se han mostrado vacilantes en lo relativo a admitir que las normas de rango reglamentario puedan servir de límite legal a la libertad contractual¹⁷⁵⁸ y contrarios a admitir la aplicación del art. 6.3 CC a las normas sin eficacia sustantiva, a las normas secundarias, así como las de índole marcadamente circunstancial¹⁷⁵⁹.

En cuanto a las normas administrativas la mayor parte de la doctrina considera que pueden afectar a la validez o invalidez del contrato en virtud del art. 6.3 CC dependiendo de la naturaleza imperativa de dicha norma porque hay que partir de la eficacia total sancionadora del Derecho que solo puede comprenderse bien si se considera la estrecha conexión que tienen entre sí todas las normas del ordenamiento¹⁷⁶⁰, y, sobre todo, por un argumento sistemático ya que el art. 6.3 CC se refiere a la ilegalidad de todos los actos del ordenamiento jurídico y tiene carácter general al hallarse en el Título Preliminar del CC por lo que debe entenderse referido a normas jurídicas de cualquier sector de nuestro ordenamiento con la sola excepción de las normas estrictamente procesales¹⁷⁶¹. Por su parte, en la jurisprudencia de nuestro

condenatoria de modo que los tribunales civiles pueden aplicar el art. 1305 CC incluso a falta de actuaciones penales (DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...* I. ob. cit. p. 478).

1753 Así, señala VAZQUEZ DE CASTRO que cuando se vulnera una norma penal no es preciso acudir siempre a un análisis estructural (es decir a la ilicitud causal) sino que debemos analizar, caso por caso, para determinar la ineficacia o validez del contrato por lo que habrá que acordar la ineficacia del acto si es exactamente la concreta estipulación del contrato la que integra el delito mientras que si la sanción penal está prevista para el comportamiento adoptado por una de las partes y el contenido del contrato no contraviene la ley penal habrá que acudir al criterio funcional para considerar si el contrato merece o no la nulidad (en VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 249).

1754 Sobre los problemas de la eficacia directa de los derechos fundamentales de la CE en las relaciones entre particulares y la aplicación o no del art. 6.3 CC a la infracción de normas constitucionales cfr. VAZQUEZ DE CASTRO E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 254-257; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 777-779.

1755 BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 44.

1756 En este sentido, BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 44; BONET CORREA, J.: «Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», en *ADC* 1976-2, p. 312; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit., p. 776; DE CASTRO, F.: *Derecho civil...* ob. cit. p. 349; DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M. y CUENCA ANAYA, F.: «Influencia del derecho público sobre el derecho de contratación», separata de la *RDN* n. 140, abril-junio 1988. Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988, pp. 180-181; GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. p. 168; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 260 a 269 y especialmente p. 262.

1757 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 268-269.

1758 A favor de admitir que las normas de rango reglamentario puedan servir de límite legal a la libertad contractual *vide* STS 24/10/1958 (TOL4.351.292) y SAT Zaragoza 17/07/1981 (TOL373.819), ambas sentencias con cita de jurisprudencia. En contra, GARCÍA GARCÍA, J. A.: *Reserva de Ley y Derecho civil*. Ed. Civitas. Navarra, 2006. p. 228, así como la jurisprudencia cit. por VAZQUEZ DE CASTRO en *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 260, 261 y 269.

1759 BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 43 y la jurisprudencia y doctrina allí citada.

1760 Así, DE CASTRO, F.: *Derecho civil...* I, ob. cit. p. 534 y AZUA GONZALEZ, C.: «Artículo 6.3 Cc» en *Código Civil comentado*, ob. cit. p. 85).

1761 VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 231. Con razón señala BLASCO GASCO que «el

TS cabe distinguir dos etapas:

A) Tesis de la irrelevancia civil de las normas meramente administrativas. En una primera etapa, el TS consideró que la normas meramente administrativas no afectan a la validez civil del contrato¹⁷⁶² en base a diversos argumentos: en primer lugar, porque los preceptos administrativos no son invocables en el recurso de casación por infracción de Ley ya que este recurso debe referirse a su materia propia que son las normas de derecho privado en aras a la salvaguardia del principio de unidad de doctrina¹⁷⁶³; en segundo lugar, porque, en muchos casos, dichas disposiciones tienen carácter reglamentario y este, dice dicha jurisprudencia, no es idóneo para limitar la libertad contractual¹⁷⁶⁴; en tercer lugar, porque las infracciones a las normas administrativas merecen sanciones de tipo diverso aplicables y exigibles en la jurisdicción contencioso administrativa¹⁷⁶⁵; en cuarto lugar, porque las disposiciones administrativas suelen dictarse con carácter circunstancial o coyuntural y son de aplicación marcadamente temporal y su infracción no suele conllevar la nulidad sino otro tipo de medidas y sanciones¹⁷⁶⁶ y, en quinto y último lugar, porque la norma administrativa no suele afectar a la esencialidad del contrato sino que solo le afecta de forma muy accesoria y circunstancial por lo que la infracción no supondría una vulneración tan frontal que pueda considerarse contradicción del art. 6.3 CC e implicar una nulidad del contrato¹⁷⁶⁷. Consecuencia práctica de esta doctrina jurisprudencial es la irrelevancia civil de gran parte del derecho sectorial administrativo admitiéndose solo excepcionalmente que su infracción sea relevante para la invalidez del contrato¹⁷⁶⁸.

art. 6-3 CC se manifiesta como un precepto de soberanía, tanto por su ubicación sistemática (un Título Preliminar de pretendida naturaleza constitucional cuando no había Constitución y válido para todo el ordenamiento jurídico) como por el contenido de todo el art. 6 CC» (en Eficacia..., ob. cit. p. 27).

1762VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 178, 225, 231-236, 244 *et passim* normas administrativas a las que en ocasiones la jurisprudencia civil ninguna o menosprecia (ibíd. p. 185).

1763VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 231; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 87-88 que señala que esta paradójica situación (la de que la norma administrativa de la que derive la nulidad del acto jurídico contravenidor no pueda invocarse en casación civil) «*se puede resolver si, junto a (o en lugar de) la norma administrativa se invoca el art. 6.3 CC*» u otra norma de invalidez del CC (ob. cit. p. 88. en el mismo sentido ibíd p. 28).

1764VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 260.

1765VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 234. Así, p.e con relación a la LS concluye CARRASCO PERERA como para el TS «*la contravención a las normas urbanísticas imperativas es tratada como un riesgo de eventual reacción sancionadora, no como una infracción de ley susceptible de anular o hacer ineficaces los efectos pretendidos por el acuerdo privado*». (CARRASCO PERERA, A.F.: *Relaciones civiles con contenido urbanístico*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999 p. 76, y del mismo autor *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del suelo*. Ed. APDC. Valencia. 1999, p. 71).

1766Más ampliamente sobre el criterio jurisprudencial de que las prohibiciones fluctuantes o circunstanciales no conllevan ilicitud causal del art. 1.275 CC *vide* BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 95-98; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 798.

1767Señalaba GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. p. 169 que las disposiciones administrativas afectan, por lo general, a los elementos accidentales del negocio y normalmente, añade VAZQUEZ DE CASTRO, dada la levedad de la incidencia de la prohibición o el mandato que la norma administrativa encierra sobre los efectos contractuales, su incumplimiento no puede tener la trascendencia de erradicar los efectos de un contrato y poner en peligro la seguridad jurídica del tráfico económico de modo que únicamente cuando la norma administrativa se refiera a un elemento esencial del contrato este, en caso de contradecirla, sería ineficaz (*Ilicitud...*, ob. cit. p. 233). En todo caso, cuando la norma administrativa afecte a un elemento esencial del contrato, habrá que analizar, caso por caso, qué tipo de invalidez conllevará y si la ineficacia civil es compatible o excluyente con la sanción administrativa (ibíd. 233-235). En el mismo sentido, señalará BLASCO GASCO no es aplicable el art. 6.3 CC a la infracción de las normas sectoriales que «*no regulan el contrato, sino que se limitan a la ordenación de la actividad sectorial de que se trate (comercio minorista, seguros, farmacias, edificación, actividad bancaria)*» (BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 98).

1768CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 Cc» en *Comentarios...T. I.* ob. cit. pp. 154-155.

B) Tesis de la relevancia civil de las normas meramente administrativas. En una segunda etapa el TS modifica su doctrina. En efecto, hasta 2008 la doctrina del TS era que la sanción administrativa por infringir una prohibición (p. ej. de préstamo a los jugadores) excluía cualesquiera consecuencias civiles en contra del infractor. Pero la STS de 10/10/2008 deliberadamente modifica toda la doctrina anterior sobre los efectos de nulidad del art. 6.3 CC superando la doctrina de la irrelevancia civil de las infracciones administrativas o sectoriales y sostiene que la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición no agota la respuesta del ordenamiento contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles si la trascendencia de la prohibición lo exige¹⁷⁶⁹. Como señala la doctrina, la Sala 1ª del TS vuelve a la idea de unidad del ordenamiento y a la eficacia civil de las infracciones sectoriales administrativas¹⁷⁷⁰ y admite, tras las sentencias referidas, la compatibilidad entre la nulidad civil del acto contraventor ex art. 6.3 CC y la sanción administrativa si bien únicamente aplica la nulidad de pleno derecho que prevé dicho precepto, y que se acumularía a la sanción administrativa, cuando el acto contraventor contraría el orden público o las buenas costumbres y, por contra, no aplica dicha nulidad si la norma infringida protege intereses particulares¹⁷⁷¹. Veremos más detenidamente esta cuestión al analizar la validez o invalidez de la venta con precio ilegal de las VPO.

4) «...son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». El TS ha huido de una interpretación literal y rígida del art. 6.3 CC, precepto que interpreta de un modo flexible y prudente atendiendo a la naturaleza de la norma prohibitiva contravenida y al grado de contravención o disconformidad del acto, señalando que cuando se trate de actos que contraríen o falten a algún precepto, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debe *«el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median*

¹⁷⁶⁹La STS 10/10/2008 (TOL1.386.105) modifica una doctrina jurisprudencial anterior que cita según la cual no eran nulos los préstamos a jugadores en los casinos, pese a estar expresamente prohibidos por la normativa reguladora del juego, al prever el ordenamiento un efecto distinto para el caso de contravención, cuál era la sanción administrativa por falta muy grave. Así, la STS 10/10/2008 señala que *«la jurisprudencia más reciente de esta Sala no permite seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas»* concluyendo *«que la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición de que se trata (la prohibición de realizar un préstamo a los jugadores) no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición»*. Sobre la STS 10/10/2008 vide los comentarios contenidos en DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: «Sentencia de 10 de octubre de 2008: exigibilidad de las deudas de juego contraídas en casino», en *CCJC*, nº 82, 2010, pp. 19-60; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 80-82 y CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc» en *Comentarios...T. I.* ob. cit. p. 161; MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 141 -148. Por último, en el mismo sentido indicado por la STS 10/10/2008 puede verse las STS 19/11/2008 (TOL1.408.432) o STS 18/03/2009 (TOL1.474.918).

¹⁷⁷⁰BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 77. Así, señala la STS de 22/12/2009 (TOL1.788.462) que la Sala 1ª del TS en aplicación del art. 6.3 CC tiene declarado que *«cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS 25/9/2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS 31/10/2007)»*. Recoge esta doctrina *verbatim* entre otras la STS 11/06/2010 (TOL1.883.574). Véase sobre dichos precedentes BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 75-77 y un análisis del precedente de la STS 31/10/2007 en pp. 77-80.

¹⁷⁷¹BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 82-83

*trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público»*¹⁷⁷².

Y así, la flexibilidad del art. 6.3 CC, frente a la rigidez del control estructural de la ilicitud causal o del objeto que siempre conlleva la nulidad radical, exige interpretar la norma infringida para determinar qué sanción procede aplicar o si procede mantener la validez¹⁷⁷³. De hecho, la sanción de nulidad absoluta del art. 6.3 CC será el último recurso del derecho civil¹⁷⁷⁴, un criterio residual subsidiario¹⁷⁷⁵, y antes de declararla siempre se debe intentar salvar la eficacia del acto (*favor negotii*) de modo que no se acordará dicha sanción radical si puede realizarse el resultado perseguido por la norma infringida y restablecerse la legalidad con la aplicación de la sanción específica prevista en la norma infringida (penal, administrativa o civil) o en su *ratio* y aplicando, en todo caso, la doctrina de origen italiano del «*remedio mínimo*»¹⁷⁷⁶. Y así, aplicando dicha doctrina y el principio de *favor negotii* y de conservación del negocio será siempre preferido, si ello permite restablecer la legalidad infringida, la nulidad parcial a la total (*utile per inutile non vitiatur*)¹⁷⁷⁷ facilitando dicha invalidez parcial que el intérprete esté dispuesto a dar relevancia negocial a la norma sectorial infringida¹⁷⁷⁸. En todo caso, es imposible fijar *a priori* una regla general que resuelva todos los casos de ilegalidad siendo la jurisprudencia el verdadero artífice del control funcional, jurisprudencia que no aplica de forma automática la nulidad a toda ilegalidad, sino que gradúa los efectos de la sanción (o incluso mantiene la validez) del acto contrario a la norma imperativa o prohibitiva en atención a la finalidad de la norma vulnerada y a los intereses que se componen en el contrato. Flexibilidad del control funcional, frente a la rigidez del control estructural, que ha sido objeto de encendidos elogios por parte de la doctrina¹⁷⁷⁹ y de crítica por otros¹⁷⁸⁰.

No es, pues, suficiente que la norma prohibitiva no prevea efecto alguno para excluir, por ello, la nulidad, ni es suficiente que el acto sea contrario a la norma prohibitiva

1772Así, p.ej., STS 17/10/1987 (TOL1.737.637); STS 28/07/1986 (TOL1.733.676); STS 29/10/1990 (TOL1.730.130); STS 27/02/2004 (TOL352.218); SAP Pontevedra (6ª) 31/07/2009 (TOL1.652.931); SAP Les Illes Balears (5ª) 25/07/2011 (TOL2.237.628); SAP de Badajoz (3ª) 11/07/2019 (TOL7.481.383); SJPI 3 Móstoles 03/06/2015 (TOL5.183.139).

1773Una de las consecuencias del art 6.3 CC es que acaba dice VAZQUEZ DE CASTRO «*con la inevitable asociación de la nulidad a la ilicitud*» (*Ilicitud...*, ob. cit. p. 214). Ahora la jurisprudencia ya no se ve obligada a optar irremediamente entre la nulidad textual o la nulidad virtual (ibíd. p. 223. Sobre nulidad textual *-pas de nullité sans texte-* y virtual cfr. ibíd. pp. 169, 170 y 304-312).

1774GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 6 Cc» ob. cit. p. 36.

1775Así, lo califica BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 73.

1776Vide VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 206 y 175. Dicha doctrina italiana del remedio mínimo («*minimo mezzo*») ha sido recibida por la española Así, entre otros, p. ej. VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 174 y ss.; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 98-99.

1777Destacan el papel que la nulidad parcial juega en la aplicación jurisprudencial del art. 6.3 CC, entre otros, AZUA GONZALEZ, C.: «Artículo 6.3 Cc» en *Código Civil*, ob. cit. pp. 86-87; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 799, 824, 825 *et passim*; GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 179 y ss y BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 102-104 si bien este último autor señala diversas excepciones a dicha nulidad parcial que no procede, entre otros supuestos, cuando el contrato parcialmente nulo esté vinculado causalmente con un contrato declarado nulo [principio «*simul stabunt, simul cadent*» (juntos caerán quienes juntos estén)];

1778Como señala CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc» en *Comentarios...T. I.* ob. cit. p. 160 el expediente de la nulidad parcial facilita al interprete la decisión sobre si se debe dar o no relevancia negocial a la norma sectorial infringida porque ya no debe decidir si acordar la invalidez de todo el negocio, sino que puede restringir a solo una parte de este.

1779VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. *passim*- En posición intermedia, emiten un juicio favorable, pero destacan ciertos defectos de redacción de dicho precepto AMOROS GUARDIOLA, M.: «Comentario...», ob. cit. pp. 73-75 y DE LOS MOZOS, J.L. en la obra *Derecho Civil español, común y foral* T. I. Vol. I de CASTAN TOBEÑAS, 11ª ed. Ed. Reus. Madrid, 1975 p.568 n.2.

1780CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 782; BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 57,58 *et passim*.

para excluir, por ello, la validez¹⁷⁸¹. Es, además, necesario que el intérprete analice el acto contraventor y la norma infringida para o bien declarar la nulidad si el acto es gravemente contrario a la ley, moral u orden público o bien declarar otra forma de invalidez distinta e incluso la validez del acto si la naturaleza del precepto infringido o la levedad de la infracción así lo exigen. Y, así, puede acordarse la nulidad, aunque la norma vulnerada no la determine expresa y textualmente (nulidad tácita) y puede acordarse un efecto distinto a la nulidad e incluso la validez, aunque la norma no prevea expresamente la misma (validez tácita)¹⁷⁸². Es lo que se ha venido en llamar por BLASCO GASCO el «*juego de los tácitos*»¹⁷⁸³.

En todo caso, en las decisiones de la Sala 1ª del TS sobre la nulidad o validez civil del acto contraventor de normativa administrativa sectorial existen además de unos criterios determinantes de la nulidad lo que CARRASCO PERERA ha denominado unos «*criterios implícitos*» que dicha jurisprudencia valora entre los que se encontrarían los siguientes: si el contrato está pendiente o consumado siendo más probable que se acuerde la nulidad en el primer caso; si la norma administrativa queda suficientemente servida con la sanción que la misma impone o es preciso recurrir a la nulidad civil; si el requisito administrativo incumplido es subsanable; si se trata de prohibiciones administrativas circunstanciales y fluctuantes que obedecen a una decisión política ocasional de urgencia; si la invalidez es solicitada por el sujeto a quien la norma infringida no pretendía tutelar o, por último, si se trata o no de una solicitud oportunista¹⁷⁸⁴.

4.2.2 La relación del artículo 6.3 CC con las causas de invalidez del contrato de los artículos 1261, 1.271 y 1.275 y 1301 y ss. del CC.

Señalaba CARRASCO que existen tres modelos para explicar la relación entre el art.6.3 CC y los arts. del CC sobre invalidez negocial¹⁷⁸⁵:

1) El art. 6.3 CC sería la norma general de la cual los artículos del CC referidos a la invalidez contractual, concretarían todos los supuestos posibles de modo que no cabría la aplicación residual del art. 6.3 CC porque: «*las normas específicas desenvolverían el principio en todas sus aplicaciones posibles y en todos los regímenes imaginables*». Pero, a juicio de CARRASCO PERERA, esta tesis es criticable porque los supuestos de anulabilidad de los arts 1300 y ss. CC no pueden reconducirse a los actos contra ley a los que se refiere el art. 6.3 CC.

2) El art. 6.3 CC regularía un supuesto de nulidad específica no prevista en los artículos del CC sobre invalidez negocial: el de la nulidad de los actos *contra legem*.

1781BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 58.

1782BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 66 y 71. Sobre la regla tradicional de las nulidades virtuales *vide* un perfecto resumen con sus implicaciones prácticas jurisprudenciales en CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc» en *Comentarios...*T. I. ob. cit. pp. 154-157.

1783Lo expresa así dicho autor: «*Todo lo anterior nos conduce a lo que podríamos llamar el juego de los tácitos donde todo es posible por cuanto todo es virtual: es virtual la sanción de nulidad y es virtual también la no sanción de nulidad, es decir, su validez aunque sea contrario a norma prohibitiva: lo primero, lo permite el art. 6-3 CC; lo segundo, lo consiente la interpretación jurisprudencial del art. 6-3 CC que exige la interpretación del acto jurídico contraventor y de la norma infringida o vulnerada [...]. En el art. 6-3 CC hay, por tanto, una nulidad virtual junto a una validez virtual del acto jurídico contraventor de la norma imperativa o prohibitiva. En definitiva, a la nulidad virtual o tácita que propone el art. 6.3 CC contesta la doctrina jurisprudencial con la validez virtual o tácita del acto contraventor*» (BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 66 y 71).

1784CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc» en *Comentarios...*T. I. ob. cit. pp. 158-161; del mismo autor: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 796-802. En parecido sentido BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 94-102.

1785CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. pp. 782-783.

Pero a juicio de CARRASCO PERERA esta tesis es criticable porque el art. 6.3 CC carece de un régimen específico de nulidad en orden a la legitimación, plazo, restitución, confirmación, etc. por lo que, de aceptarse dicha tesis, no sólo sería necesario remitirse a los artículos de las nulidades contractuales para completar dicho régimen, sino también porque «tanto la casuística jurisprudencial como el sentido común prueban que una parcela importante de actos contra legem se solapa con las nulidades» por ilicitud del objeto (art. 1.271 CC) o de causa (art. 1.275 CC).

3) El art. 6.3 CC «no es sino un modo de formular sintéticamente la sanción de nulidad por contravención al orden público» y, en último término, «una subespecie de la nulidad por ilicitud causal» que aclararía que la sanción correspondiente a las hipótesis de los arts 1.255 y 1.271 CC es la de nulidad radical¹⁷⁸⁶. Tesis a la que se adhiere CARRASCO PERERA que entenderá el régimen específico del art. 6.3 es el de los arts 1.305 y 1.306 CC. Dicha tesis ha sido criticada por las siguientes razones: en primer lugar, porque el art. 6.3 CC exige, según un sector doctrinal, que se alegue una disposición concreta imperativa o prohibitiva infringida por el contrato, mientras que los contratos con causa ilícita del art. 1.275 CC no precisan una disposición expresamente afectada ya que incluye los contrarios al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los principios generales del derecho¹⁷⁸⁷; en segundo lugar, porque la ilicitud causal debe concurrir exclusivamente en el momento de perfección del contrato no siendo posible supuestos de ilicitud sobrevenida de la causa mientras que, como ya vimos, es posible, aunque excepcional, que un contrato se vea viciado de ilegalidad ex art. 6.3 CC de forma sobrevenida por la promulgación de una nueva norma constante contrato; en tercer lugar, porque la consecuencia de la ilicitud causal es siempre la nulidad de pleno derecho, mientras que el contrato ilegal del art. 6.3 CC no tiene por qué necesariamente ser nulo de pleno derecho puesto que dicha sanción se reserva para los casos más graves en que la finalidad de la norma no pueda salvaguardarse de otra forma, pero en casos no tan graves pueden proceder otros regímenes de invalidez e incluso la validez del contrato; y en cuarto y último lugar, porque los efectos de la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 CC son diferentes a los efectos de la nulidad del art. 1.275 CC ya que, en aquel caso, se aplica el art. 1.303 CC al ser la restitución recíproca la regla general en caso de nulidad mientras que en el caso del art. 1.275 CC se aplican los arts. 1.305-1.306 CC¹⁷⁸⁸.

4.2.3 Crítica del artículo 6.3 CC.

Un importante sector doctrinal ha criticado dicho precepto por su absoluta impredecibilidad y por su absoluta inutilidad. Y así se señalará que dicho precepto es:

A) Absolutamente impredecible, porque la doctrina jurisprudencial sobre el art. 6.3 CC, en muchos casos errática o cambiante, conduce al más puro casuismo y a la imposibilidad de predecir con absoluta certeza cuando una infracción es sustancial (y conlleva la sanción de nulidad) y cuándo no lo es (y no conlleva dicha sanción de nulidad)¹⁷⁸⁹. La necesidad del TS de atender a la justicia material del caso concreto ha

¹⁷⁸⁶Así llega a señalar este autor que «con respecto a contratos, los capítulos II y VI del Título II del Libro IV del CC parecen agotar tanto los supuestos de nulidad de contratos como sus propios regímenes (legitimación, prescripción, restitución, confirmación, etc.). El art. 6.3 contendría un predicado de nulidad, pero no un supuesto específico de nulidad ni un régimen con el que hacerse practicable» (CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 782).

¹⁷⁸⁷VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilícitud...*, ob. cit. p. 88.

¹⁷⁸⁸Según VAZQUEZ DE CASTRO (ibíd. p. 89) solo si la causa es inmoral; en contra SABORIDO SANCHEZ (*La causa ilícita...*, ob. cit. pp. 315,320 y ss. y 331).

¹⁷⁸⁹BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 57-58. En el mismo sentido, ibíd p. 65 donde señala:

conducido en sede de control funcional del art. 6.3 CC (así como en sede de control estructural de los arts 1271 y 1275 CC) y en metáfora empleada por BLASCO GASCO, a una suerte de lecho de Procusto porque el TS a veces encaja los artículos sobre invalidez, en los casos concretos, como según la mitología hacía Procusto con sus huéspedes mientras dormían: cortando las partes del cuerpo que sobresalían de la cama o estirándolo hasta encajarlo perfectamente en la cama¹⁷⁹⁰. Y hace casi un traje a medida ajustando la ineficacia funcional ex art. 6.3 CC al caso concreto.

2) Absolutamente inútil. CARRASCO PERERA llega a calificar el art. 6.3 CC de norma «*inútil*» sobre todo debido a la interpretación jurisprudencial de la que ha sido objeto¹⁷⁹¹. Y es que el TS ha dado a dicho precepto una interpretación tan flexible que ha conducido a la casi derogación del art. 6.3 CC¹⁷⁹² y a la «*práctica irrelevancia del art. 6.3 CC en el ámbito del derecho privado*»¹⁷⁹³. Se trataría de un artículo «*que sirve para bien poco*» ya que, según el TS, dicho precepto contiene un principio «*de gran generalidad, lo que restringe mucho su aplicación práctica*»¹⁷⁹⁴. En resumen, afirma BLASCO GASCO, el art.6.3 CC es un artículo «*del que podríamos prescindir sin que el edificio del ordenamiento jurídico se tambaleara lo más mínimo*»¹⁷⁹⁵.

No obstante, dicha supuesta inutilidad del artículo 6.3 CC no es compartida por otro sector doctrinal que considera que dicho precepto no es una subespecie del sistema de invalidez contractual del CC sino que, tanto aquel artículo como este sistema, reflejan controles distintos de la ilegalidad contractual de modo que los artículos sobre invalidez negocial del CC (arts. 1271, 1275 CC) llevarían a cabo un control estructural de la ilicitud contractual mientras que la función del art. 6.3 CC es llevar a cabo un control funcional de dicha ilegalidad verificando la compatibilidad de la norma contractual y la norma legal imperativa y evaluando, de ser incompatibles, las consecuencias¹⁷⁹⁶. Dicho control funcional presenta indudables ventajas frente al control estructural de la ilicitud¹⁷⁹⁷ y se diferencia nítidamente de él porque mientras la

«Nulidad? Sí, dice el art. 6-3. ¿De pleno derecho? Sí, insiste el art. 6.3. Ma non troppo, apostilla el TS, pues la interpretación de la propia norma infringida puede determinar la nulidad del acto o su validez. Es decir, el art.6.3 CC prevé lo que podríamos llamar una nulidad sin fanatismos».

1790BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 29 y 111.

1791CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit. p. 782.

1792BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 71.

1793Ibíd. p. 63. Como igualmente señala BLASCO GASCO, la jurisprudencia del T.S. «*raramente ha aplicado sólo el art. 6.3 CC para determinar la nulidad de un acto jurídico*» por lo que normalmente la invocación de dicho artículo sirve para reforzar la nulidad por ilicitud de objeto del art.1271 CC o de causa del art.1275 CC (ibíd. p. 70) de modo que los artículos sobre invalidez contractual del CC «*hacen perfectamente prescindible en general la invocación del art. 6.3 CC, salvo por manifestar que la sanción es la nulidad de pleno derecho*» (ibíd. p. 113). Irrelevancia del art. 6.3 CC en el ámbito del derecho civil a la que también se llega con otro argumento: si partimos de que el ámbito normal del art. 6.3 CC no es la norma prohibitiva que sanciona con nulidad su infracción y no admite excepción ni la norma prohibitiva que sanciona con un efecto distinto su infracción y no admite excepción, sino las normas prohibitivas para cuya contravención la norma infringida no prevé ninguna sanción el problema radicará en que no existen prácticamente normas imperativas o prohibitivas de derecho civil que no prevean una determinada sanción a su vulneración. Por ello, el ámbito normal de aplicación del art. 6.3 CC no es tanto la infracción de norma prohibitiva de derecho privado, sino la infracción de norma prohibitiva de derecho público que no prevea un determinado efecto para el supuesto de su contravención o que, tal efecto, sea compatible con la sanción de nulidad.

1794Ibíd. p. 64.

1795Ibíd. p. 70. En el mismo sentido, ibíd. p. 114.

1796VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 205.

1797Ibíd. pp. 150 y ss. Serían inconvenientes del control estructural de la licitud frente al control funcional de la ilegalidad los siguientes: la discrecionalidad en la calificación de la ilicitud en los casos de causa y objeto ilícito; la mayor flexibilidad del art. 6.3 CC que admite variedad de consecuencias que van desde la nulidad hasta la validez y permiten mayor acomodo al caso concreto frente a la rigidez de la ilicitud causal o del objeto que conllevan, siempre, la nulidad de pleno derecho (ibíd. p. 152 y ss.); la

ilegalidad es una irregularidad externa al contrato por contra la ilicitud de la causa u objeto son irregularidades internas del contrato¹⁷⁹⁸.

Junto al anterior razonamiento también existen otros argumentos que resaltan la utilidad del artículo 6.3 CC. Así, uno de los ámbitos normativos del art. 6.3 CC sería el autonómico y foral porque, aunque una norma autonómica regule el aspecto sustantivo de una institución, la misma carece de competencia, en virtud del art. 149.1. 6º y 8º CE, para establecer la nulidad como sanción a su infracción ya que no cabe un «6.3 autonómico» supliendo, dicha carencia, el art. 6.3 CC¹⁷⁹⁹. El artículo por su ubicación sistemática en el Cap. III («Eficacia general de las normas jurídicas») del Título Preliminar del CC («De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia») es válido en toda España por constituir (art. 149.1. 8 CE) no solo una de las «reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas» sino también una de las «bases de las obligaciones contractuales».

4.3 Un supuesto especial: las VPO vendidas con precio superior al legal

El principal problema que plantea en el ámbito inmobiliario la relevancia o no de las disposiciones administrativas en orden a la eficacia o ineficacia civil del contrato es el de las consecuencias de las VPO vendidas por un precio superior al legal. Dichos problemas derivan de que, debido al carácter coyuntural de estas medidas y de la agilidad y detalle que requieren, su regulación se suele remitir a una normativa administrativa con un prolijo desarrollo reglamentario que no se pronuncia sobre la invalidez civil de los contratos que infrinjan su normativa y suele limitarse a fijar sanciones pecuniarias sin declarar si son o no compatibles con una eventual invalidez del contrato por precio superior al legalmente¹⁸⁰⁰.

4.3.1 Fases en la evolución de la respuesta a las VPO vendidas con precio ilegal.

La Jurisprudencia ha atravesado cinco fases en la respuesta a la compraventa con precio ilegal (normalmente por ser superior al legalmente tasado): en una primera, se mantiene la nulidad total del contrato aplicándose el régimen general de recíproca restitución de las prestaciones del art. 1303 CC; en una segunda etapa, se insiste en la nulidad total del contrato, pero se aplica el art. 1306 CC y, en consecuencia, se establece la irrepetibilidad de las prestaciones realizadas; en una tercera fase, se considera válido civilmente el contrato sin perjuicio de las sanciones administrativas a que pudiera haber lugar; en una cuarta etapa, se aplicará la doctrina de la nulidad parcial sustitutoria en su modalidad reductiva; y en la quinta etapa -en la que nos encontramos en la actualidad-, se vuelve a la tercera fase descrita y, en consecuencia, se consideran válidos los contratos por lo que la infracción de la normativa administrativa sobre el precio de las VPO sólo puede acarrear la imposición de las correspondientes sanciones administrativas¹⁸⁰¹. No obstante, a la vista de las STS de 10/10/2008 que hemos

rigidez de las sanciones derivadas del control estructural de la ilicitud (ibíd p. 159) y, por fin, la dificultad para encajar todos los casos de ilegalidad en la causa u objeto (ibíd. p. 154) lo que ha convertido a la causa ilícita en un comodín o cajón de sastre al que acudir cuando no está claro el componente del contrato afectado por la ilegalidad lo cual no supone una buena técnica jurídica (ibíd. p. 155).

1798Ibíd. p. 48.

1799BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. p. 55; CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Ce», ob. cit. p. 787.

1800VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 274-275.

1801Sobre estas cinco fases puede encontrarse un resumen en LETE DEL RÍO, J.M.: «Comentario a la Sentencia de 4 de junio de 1993: Contrato de compraventa de vivienda de protección oficial por precio superior al legal: validez del contrato en los términos estrictos en que fue convenido por las partes» en *CCJC*, núm. 32, 1993, pp. 687 y ss.; MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 96 y

analizado *supra* señala CARRASCO PERERA que dicha resolución parece anunciar la intención del TS de volver a la doctrina de la nulidad de la venta de VPO con precio ilegal¹⁸⁰². Analicemos las fases detalladamente:

1) Primera y segunda fase. El objeto litigioso en las sentencias de esta primera y segunda fase no eran viviendas sino ciertos bienes muebles con precio, entonces, tasado por la administración¹⁸⁰³. En una primera fase, el TS determina, de manera indirecta, la nulidad total de la compraventa con precio extralimitado, nulidad a la que aplicará las consecuencias restitutorias del art. 1303 CC¹⁸⁰⁴. Y aplica tan radical sanción por entender que era la única forma de tutelar adecuadamente el interés público protegido por la norma al considerar, que la venta de un bien con precio

ss.; de la misma autora: «La compraventa de viviendas de protección oficial» en *La protección del consumidor de inmuebles*. Ed Dykinson. Madrid. 2013, pp. 153 -176; de la misma autora: «Método de avalúo de las viviendas de protección oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia: diagnóstico del problema y propuesta de solución», *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 4. 2015, pp. 126-128; VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. pp. 274 a 277; del mismo autor VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 275; del mismo autor: *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia)*. Ed. Aranzadi. Col: Derecho Patrimonial. Pamplona. 1999, pp. 85-88. También, puede encontrarse un análisis certero, pero sólo -dada la fecha de redacción de la obra- de las tres primeras etapas en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...» ob. cit. pp. 126-164; del mismo autor, pero ya analizando todas las fases *vide*: «Precio Ilegal: ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a la SS. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)», *ADC* 1993-2, p. 894. Asimismo, una alusión a la evolución jurisprudencial hasta 1990 en LOPEZ FRIAS, A.M^a.: «Clases de nulidad...», ob. cit. pp. 857 y ss. Por su parte, DELGADO y PARRA parecen reducir las etapas a solo las tres últimas *vide* DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 219-220. Por último, puede verse otro criterio clasificatorio en MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit. pp. 139-146 que reduce, si bien hay que tener en cuenta que el libro se redacta en 1990, a tres las etapas: en la primera, el TS proclama la nulidad total del negocio con precios ilegales; en la segunda, el TS concederá el derecho a pedir la restitución de lo indebidamente pagado, pero sin querer pronunciarse sobre el tema y en la tercera el TS aplica lo que denomina «nulidad parcial» (ibíd. p. 140). Un último criterio clasificatorio de las fases por las que ha atravesado el TS puede verse en BLASCO GASCO que señala que: «*La STS 14/5/2009 parece volver (o querer volver) a la doctrina de la nulidad parcial del contrato por sobreprecio*» (BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...*, ob. cit. pp. 96-97) o en GARCÍA GARCÍA, J. A.: *Reserva de Ley...* ob. cit. pp. 242-250 que, con cita de jurisprudencia, reduce a dos las fases jurisprudenciales en materia de sobreprecio: hasta 1992 en los que los pronunciamientos del TS se decantan mayoritariamente por la nulidad del contrato y desde la STS 3/9/1992 que consolida una nueva tendencia jurisprudencial proclive a sostener la validez civil del contrato pese a la infracción de la norma administrativa (ob. cit. p. 243).

1802CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentario al art.6 del Cc» (2013) ob. cit. p. 161; en el mismo sentido, MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 97.

1803MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 96. Así, p. ej. la STS de 17/4/1947 se refiere a la compraventa de un partida de bórax; la de 17/5/1949 se refería a dos camiones; la STS 24/04/1956 se refería a una compraventa de aceitunas; la STS 27/10/1956, la STS de 09/01/1958 y STS 18/11/1959 se refieren a la compra de un camión y la STS de 21/06/1963 se refería a la compra a precio ilegal de una cisterna de alcohol vínico.

1804Siguiendo a GORDILLO CAÑAS («La nulidad parcial...», ob. cit. p. 127) en esta etapa pueden incluirse la STS 17/4/1947 (TOL4.454.327 y TOL4.452.495) y la STS 17/5/1949 (TOL4.455.915). No obstante, en dichas sentencias no consta una mención expresa a la nulidad total, sino que se alcanza dicha conclusión de modo indirecto. En efecto, en ambos casos, el origen del litigio se encontraba en la resolución de la Fiscalía de Tasas, que disponía «*que la pérdida que la incautación supone, deberá recaer sobre la entidad vendedora*», sin duda por entender mayor culpabilidad por parte de esta que por parte del comprador. Pues bien, en ambos casos, el TS admite este resultado final (el reintegro al comprador del precio previamente pagado por el objeto de comercio intervenido e incautado por la Fiscalía en perjuicio del vendedor), pero utilizando distintas vías para llegar al mismo: en la STS 17/4/1947, en que era demandante el vendedor perjudicado, dejando las cosas en el estado en que se encontraban al apreciar una excepción de falta de jurisdicción, y en la STS 17/5/1949, en que era demandante el comprador favorecido, reconociendo el derecho de dicho adquirente a que se le reintegrara el precio entregado, si bien fundando éste directamente en el CC y no en la resolución de la Fiscalía (GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 128 y 129) Véase comentario a ambas sentencias en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 127-132.

superior al tasado suponía una vulneración del orden público económico¹⁸⁰⁵. En la segunda fase, si bien el TS se inclina también por la nulidad total de la compraventa con precio ilegal¹⁸⁰⁶ lo hace por considerar ilícita la causa (art. 1275 CC) con la consecuencia de aplicar el art. 1306.1 CC (ya no el 1303) y, por tanto, considera irrepetibles las prestaciones realizadas¹⁸⁰⁷. Dicha nulidad total se fundaba en que «*la legislación de tasas (se había dictado) en interés de la Sociedad, para contener el agio de las cosas a precios abusivos*»¹⁸⁰⁸. Y dicha denegación a ambas partes de la acción de repetición se fundaba en la idea de la concurrencia de culpas ya que el comprador, al consentir en lo abusivo del precio, incurre en culpa que, de este modo, concurre con la del vendedor¹⁸⁰⁹.

Pero, como ha señalado la doctrina, la solución de la nulidad total, si bien comprensible por el momento histórico en que se adoptó¹⁸¹⁰, es inaceptable en la actualidad no sólo porque es excesiva y desproporcionada¹⁸¹¹, ya que cabe alcanzar la finalidad perseguida por la norma infringida mediante la nulidad parcial sustitutiva que reduzca el precio a los límites legales y sin necesidad de acudir a la drástica sanción de nulidad, sino también porque atenta contra el principio de conservación del negocio jurídico, auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico (STS 28/10/2014, TOL4.561.606)¹⁸¹². Además, la doctrina de la segunda etapa puede producir resultados injustos cuando sólo una de las prestaciones ha sido realizada y cuando el comprador soportó el sobreprecio por necesidad, lo cual en materia de VPO, a la vista de la transcendencia constitucional del bien sobre el que recae (art. 47 CE), puede ser especialmente relevante. Y, por último, en las VPO la nulidad total de la compraventa redundaría en beneficio del vendedor obligado sólo a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas¹⁸¹³ y desincentivaría a los compradores, por miedo a perder la vivienda, a reclamar en caso de precio excesivo, frustrándose -de este modo- la voluntad de la ley, que no sólo desea impedir que las VPO se vendan por un precio superior al legalmente fijado, sino que también quiere conseguir que se vendan al precio legalmente fijado¹⁸¹⁴.

1805RAMS ALBESA, J. J.: «Contrato de suministro. Precio superior al autorizado. Causa torpe. Nulidad parcial», *CCJC* núm. 8, 1985, p. 2675; MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 98.

1806En la segunda etapa pueden incluirse, siguiendo a GORDILLO CAÑAS, A. («La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 132-142), la STS de 24/04/1956 (TOL4.379.361); STS 27/10/1956 (TOL4.379.440); STS 9/01/1958 (TOL4.351.063); STS 24/10/1959 (TOL4.349.023); STS 18/11/1959 (TOL4.349.324) y STS 21/06/1963 (TOL4.329.623). Véase comentario a dichas sentencias en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 143-149.

1807Como resume GORDILLO en esta segunda etapa el TS califica dicha invalidez como «*Nulidad [...] absoluta (Sent. 27/10/1956, Cdo. 1.º; Sent. 9/1/1958, Cdo. 3.º), «ipso jure» (Sent. 9/1/1958, Cdo. 1.º), declarable de oficio (Sent. 27/10/1956, Cdo. 1.º) «in radice» (Sent. 9/1/1958, Cdo. 3.º) y no convalidable (Sent. 9/1/1958, Cdo. 5.º)*» (en GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. p. 144).

1808Expresión contenida en la STS 9/1/1958 (TOL4.351.063).

1809Así. p.ej. señalará la STS 21/06/1963 (TOL4.329.623) que aunque la venta (en ese caso de alcohol) tuvo lugar por precio superior al de tasa dicha venta por precio abusivo no fue denunciada por el comprador.

1810No hay que desconocer que dicha primera etapa tiene unos condicionantes históricos muy particulares -situación histórica de posguerra en la que el sobreprecio era una cuestión de orden público que intentaba reprimir el estraperlo y especulación- que, en la actualidad, en una economía de mercado desarrollada, ya no se dan. Véase un análisis de los condicionantes históricos de la primera etapa en MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general...*, ob. cit. pp. 139-140.

1811Así, por todos, MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 102-103.

1812CARRASCO PERERA, A.F.: *Derecho de contratos*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2010, p. 734; MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 102-103.

1813Sostienen este argumento crítico a la nulidad total las STS 17/4/1978 (TOL1.741.079); STS 20/03/1979 (TOL1.741.146); STS 03/12/1984 (TOL1.737.342); STS 20/05/1985 (TOL1.736.338); STS 5/11/1985 (TOL 1737224); STS 15/02/1991 (TOL 1727413); STS 24/06/1991 (TOL 1726798).

1814ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. pp. 408-409. En el mismo sentido, indica

2) Tercera etapa. En esta tercera etapa se considera, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, civilmente válido el contrato con precio ilegal, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas reguladas en la normativa sectorial que prohíbe sobrepasar el precio tasado¹⁸¹⁵. El TS retomará esta tesis en la quinta etapa, a partir de la STS de 3/9/1992¹⁸¹⁶ y se mantiene hasta el momento presente.

3) Cuarta etapa. En esta etapa la jurisprudencia defenderá la tesis de la nulidad parcial substitutiva (el contenido de la cláusula nula se sustituye por el precio determinado por la norma sectorial), que reduce el precio al máximo permitido pero mantiene la validez y eficacia del resto de las estipulaciones¹⁸¹⁷. Así, el comprador no está obligado a pagar más que el precio legal y si ya satisfizo el precio pactado puede exigir la devolución de la diferencia. El vendedor, por contra, carecerá de acción para exigir el pago del exceso de precio sobre el tasado y carecerá, igualmente, de acción resolutoria de los arts. 1124 y 1503 CC si el comprador no abona dicho exceso. Dicha nulidad parcial sería compatible con las sanciones administrativas pues éstas no satisfacen por completo el interés tutelado por la limitación legal relativa al precio resaltándose, así, la idea de unidad del ordenamiento y evitando convertir la legislación administrativa y civil en compartimentos estancos¹⁸¹⁸.

La doctrina mayoritaria es partidaria de esta solución¹⁸¹⁹ porque considera que debe prevalecer, en todo caso, el principio de autonomía de la voluntad y porque entiende que es perfectamente posible satisfacer la función que cumple la limitación del precio mediante la nulidad parcial substitutiva sin necesidad de acudir a la desproporcionada, y subsidiaria, sanción de nulidad total¹⁸²⁰. Por último, entiende VAZQUEZ DE CASTRO, en posición que comparto, que las circunstancias relativas a las conductas

la STS 17/04/1978 (TOL1.741.079) que «lo que la ley persigue con la fijación de ese precio máximo no es entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico, al precio que la Administración calcula como justo».

1815En la tercera etapa pueden incluirse la STS de 28/04/1971 (TOL4.268.420); STS 20/03/1972 (TOL4.262.014); STS 7/07/1981 (TOL1.739.554) y la STS 25/05/1983 (TOL1.738.583).

1816STS de 3/9/1992 (TOL1.660.945).

1817Son expresión de esta cuarta etapa: STS 29/11/1977 (TOL4.247.544); STS 17/04/1978 (TOL1.741.079); STS 20/03/1979 (TOL1.741.146); STS 27/11/1984, (TOL1.737.253); STS 03/12/1984 (TOL1.737.342); STS 20/05/1985 (TOL1.736.338); STS 20/06/1985 (TOL1.736.077); STS 5/11/1985 (TOL 1737224); STS 22/04/1988 (TOL 1733002); STS 15/02/1991 (TOL 1727413); STS 24/06/1991 (TOL 1726798).

1818MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 105-106.

1819Sostienen la tesis de la nulidad parcial substitutiva (reductiva) del contrato con precio ilegal, entre otros, ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La repercusión de la nulidad "dentro" y "fuera" del contrato» en *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato. Cuadernos de derecho judicial*. Ed. CGPJ. Madrid 1994, p. 82; ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. pp. 407-410; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...I*. ob. cit. p. 538 n. 7; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, I. ob. cit. p. 483; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La nulidad parcial...*, ob. cit. pp. 109-110; GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial...», ob. cit. pp. 203-204; del mismo autor «Precio ilegal...», ob. cit. pp. 894 y 906 y ss.; LETE DEL RIO, JM.: «Sentencia de 4 de junio de 1993», ob. cit. p. 688; LOPEZ FRIAS, A.M^a: «Clases...», ob. cit. pp. 857 y ss.; MARTÍN PÉREZ, J.A.: «Comentario a la sentencia de 3 de diciembre de 1993», *CCJC* nº 34, 1994, p. 186; MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 103 y 151; VAZQUEZ DE CASTRO, E: *Ilicitud...*, ob. cit. p. 275; del mismo autor: *Precio y renta...*, ob. cit. p. 97, donde considera que la solución debe ser la nulidad parcial substitutiva salvo que exista mala fe o culpa por quien la invoca en cuyo caso los Tribunales deberían denegar al actor la acción de nulidad.

1820MAS BADIA añade un argumento *a simili* a favor de esta teoría. Así, señala que la DA Primera apdo. 5 LAU/1994 en materia de arrendamientos de VPO con renta extralimitada establece la nulidad parcial del arrendamiento, rebajándose la renta extralimitada hasta el límite legal no existiendo razón suficiente para que compraventa y arrendamiento merezcan un trato diferente en relación con esta cuestión. MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 115; en el mismo sentido, DELGADO ECHEVERRIA, J. y PARRA LUCAN, M.A.: *Las nulidades...*, ob. cit. pp. 220-221.

de los contratantes deberían permitir una modulación de los efectos de la nulidad y dar lugar a una variación en las formas de ineficacia que consistiría en denegar la acción de nulidad a aquella parte cuyo interés no es legítimo: es decir, sostiene este autor una nulidad parcial sustitutiva reductiva y relativa para la que no estaría legitimada aquella parte cuyo interés no es legítimo¹⁸²¹.

La principal crítica que ha recibido la teoría de la nulidad parcial sustitutiva es la inviabilidad de la nulidad parcial de cláusulas esenciales del contrato porque, se dice, la nulidad de una cláusula esencial (y el precio lo es) rompería de forma definitiva el equilibrio de las prestaciones¹⁸²². Pero, frente a dicha crítica cabe argumentar con GORDILLO que si bien en la nulidad parcial en función e interés de la libre voluntad de las partes la esencialidad del aspecto nulo impide «*la conjetura de voluntad contractual favorable a la persistencia del contrato sin dicha parte*» no ocurre lo mismo en los supuestos de nulidad parcial coactiva y ello porque «*supone esta -por lo que se refiere a la intervención en los precios- que no hay más equilibrio contractual admisible en Derecho que el obtenido a través del precio legal*» y porque «*la intervención en su determinación, justificada por razones de protección a los más débiles, implica la voluntad legal de facilitar a éstos la obtención de los bienes intervenidos al precio legalmente fijado*»¹⁸²³.

4) Quinta etapa. La quinta etapa se inicia con la STS de 3/9/1992 (TOL1.660.945) y se mantiene por la Sala 1ª del TS hasta el momento presente¹⁸²⁴. Supone una vuelta a la tercera etapa y defiende la validez de la compraventa de VPO con sobreprecio sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas y la pérdida de beneficios reguladas en la normativa sectorial¹⁸²⁵. El principal argumento de esta teoría es que no procede la nulidad establecida en el art. 6.3 CC porque, este, establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas «*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*» y, se dice, las normas sobre VPO ya establecen un efecto distinto en caso de contravención (las sanciones administrativas). Así, entienden, que este régimen de sanciones administrativas implícitamente implica que la propia ley reconoce la validez civil de los contratos; validez que, por otro lado, resulta, según esta línea jurisprudencial, de la

1821VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Precio y renta...*, ob. cit. pp. 74-80; *Ilicitud...*, ob. cit. p. 276.

1822Así, entre otras, STS 03/09/1992 (TOL1.660.945).

1823GORDILLO CAÑAS, A.: «Precio ilegal...», ob. cit. pp. 906-907. Se adhiere a este argumento MAS BADIA, M.D.: *Problemas de valoración...*, ob. cit. p. 151.

1824Junto a la STS de 3/9/1992 defienden esta corriente la STS 14/10/1992 (TOL1.654.981); STS 4/06/1993 (TOL1.663.906); STS 3/12/1993 (TOL1663652); STS 16/12/1993 (TOL1656200); STS 21/02/1994 (TOL1.664.989); STS 4/05/1994 (TOL1656763); STS 15/03/1996 (TOL1659256); STS 21/11/1996 (TOL216851); STS 4/02/1998 (TOL11148); STS 27/03/2000 (TOL1794); STS 6/11/2000 (TOL171713); STS 16/07/2001 (TOL32355); STS 19/11/2002 (TOL229614) y STS 12/12/2007 (TOL1227439). En la doctrina dicha teoría ha sido defendida, en posición minoritaria, por LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Venta de viviendas de protección oficial a precio superior o inferior al máximo autorizado. Última doctrina jurisprudencial: validez y eficacia civil en los términos convenidos por las partes. (Sentencia de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992 y 14 de julio de 1993, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo)», *RGD* 594, marzo, 1994, p. 1796. No obstante, en el orden contencioso administrativo la Sala 3ª del TS ha mantenido la tesis de la nulidad parcial con posterioridad. Así, p.ej. STS 16/06/1998 -Sala 3ª; Secc. 3ª- (TOL1.704.184); STSJ Canarias -Secc. 2ª- de 3/12/2010 (TOL3.017.572) y STSJ Canarias -Secc. 2ª- de 14/12/2010 (TOL2.168.939). Sobre la problemática en su vertiente administrativa del sobreprecio en las VPO vide GUILLÉN NAVARRO, N.A.: «La vivienda de protección oficial y su problemática a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDUMA*, núm. 246, dic. 2008, pp. 185-187 donde señala, como jurisprudencia de la Sala 3ª del TS, que la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas subsiste a pesar de que la infracción administrativa prescriba dado el contenido eminentemente reparador y no sancionador de dicho reintegro que tiene naturaleza puramente de derecho civil (ibíd. p. 186).

1825Expresamente alude a esta resurrección de dicha tercera etapa la STS 21/11/1996 (TOL216851).

conurrencia en dicho contrato de todos los elementos esenciales del art. 1261 CC¹⁸²⁶. Con ello, se pretende evitar, asimismo, que la validez del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes¹⁸²⁷ y se establece una separación tajante entre los efectos administrativos y civiles¹⁸²⁸. Y frente a la tesis de la nulidad parcial sustitutiva reductiva alegan, por un lado, que no cabe la nulidad de una cláusula esencial (como es el precio) sin que ello arrastre la nulidad de todo el contrato ya que el precio acordado fue decisivo para el acuerdo de voluntades y, por otro lado, que reducir el precio supondría beneficiar al comprador, quien también infringió, junto con el vendedor, la legislación administrativa¹⁸²⁹.

Pero frente a ella se puede decir, con GORDILLO CAÑAS, que dicha línea jurisprudencial favorece a quienes pretenden lucrarse a costa del erario público y del ahorro privado traficando con VPO y perjudica a quienes albergaron la esperanza de poder acceder a la vivienda al precio justo y moderado que pretendió la Administración al intervenir los precios¹⁸³⁰. Y ello, añadimos, porque al amparar dicha jurisprudencia al vendedor, a cuya disposición se pone todo el aparato del Estado para reclamar en vía civil un precio que en vía administrativa es ilegal, no sólo se atenta contra la unidad del ordenamiento, sino que se desprotege al comprador -a quien se obliga a abonar un precio ilegal-. Y al negársele a este la posibilidad de adquirir la VPO al precio legal se merma su derecho a acceder a una vivienda digna que consagra el art. 48 CE y se niega a las economías más modestas la asequibilidad de las VPO¹⁸³¹.

Por eso, las teorías de la validez civil del contrato y la de la nulidad parcial se encuentra en las antípodas. Porque o se ampara en vía civil a quien especula, al exigir un precio superior al tasado, con un bien de primera necesidad -la VPO- o se protege a quien cumpliendo los requisitos subjetivos desea acceder a una vivienda digna¹⁸³². Las

1826STS de 3/9/1992 (TOL1.660.945).

1827STS de 14/10/1992, FJ 7º (TOL1.654.981).

1828Resume dicha separación la STS 6/11/2000 (TOL171713) que separa los efectos administrativos (que conlleva «la imposición a los vendedores de distintas sanciones, llegando a la posibilidad de descalificar la vivienda con la obligación de reintegro de los beneficios económicos concedidos y el ingreso de las bonificaciones y exenciones tributarias con sus intereses legales que naturalmente correrían a cargo del vendedor») y los efectos civiles (que «no implicarían la nulidad del contrato en atención al principio de libertad contractual que informa nuestro ordenamiento jurídico, siempre que el comprador conociera que la vivienda era de protección oficial»).

1829Expresa estas ideas críticas con la nulidad parcial reductiva entre otras la STS 16/12/1993 (TOL1656200). También, en la doctrina LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA expone sus críticas a la tesis de la nulidad parcial reductiva mediante un argumento de justicia (si ambos contratantes sabían que se trataba de una VPO ambos incumplen la Ley -el vendedor fijando un precio superior al legal y el comprador aceptándolo- por lo que ni es justo imponer solo al vendedor la sanción ni es justo beneficiar al comprador -que consigue la vivienda a un precio inferior al pactado- ya que este también incumplió la norma) y mediante un argumento práctico (existe el riesgo de que el comprador conociendo la jurisprudencia sobre la nulidad parcial convenga cualquier precio con el vendedor sabiendo que luego podrá, acudiendo a los Tribunales, abonar un precio inferior al de mercado sobre todo si el precio de la VPO se fijó hace mucho tiempo y no se actualizó) (LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Venta...», ob. cit. p. 1796-1797).

1830GORDILLO CAÑAS, A.: «Precio ilegal...», ob. cit. p. 913.

1831Vide GORDILLO CAÑAS, A.: «Precio ilegal...», ob. cit. pp. 909 y 913. No debe olvidarse que, como tiene señalado el TS en STS 15/1/2003 -Sala 3ª- (TOL240.475): «El régimen de VPO se constituye como un sistema autónomo dirigido a facilitar a los sectores más necesitados el acceso a las viviendas en condiciones ventajosas». Y que, como añade la STS 16/06/1998 -Sala 3ª- (TOL1.704.184): «El régimen de VPO [...], ha sido el mecanismo mediante el cual, y ya antes de la promulgación de la Constitución, se ha pretendido hacer efectivo [...], el acceso de los españoles a un bien fundamental como es una vivienda digna».

1832Como señala GORDILLO CAÑAS en posición que comparto si el comprador no reúne los requisitos subjetivos para ser beneficiario de una VPO debería acordarse, entonces, en lugar de la nulidad parcial la nulidad total del contrato (ibíd. p. 913).

dos cosas, al tiempo, son imposible. Y aquel es el efecto indeseado e inevitable de la teoría de la validez civil del contrato de venta de VPO con sobreprecio; y este es el efecto constitucionalmente legítimo (art. 48 CE) de la teoría de la nulidad parcial sustitutiva reductiva.

4.3.2 La valoración de las VPO en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de la herencia.

Asunto vinculado con el problema de la validez o nulidad de las ventas de VPO con sobreprecio es el de la valoración de las VPO en la liquidación de la sociedad de gananciales y en la partición de la herencia¹⁸³³. La jurisprudencia tradicional osciló entre dos criterios; uno entendía que debía estarse al precio oficial y el otro consideraba que debía estarse al precio de mercado. Finalmente, la cuestión ha sido zanjada por la STS 4-4-2008 (TOL1.335.998) que entenderá que la vivienda no descalificable debe valorarse de acuerdo con el valor oficial y la vivienda descalificable de acuerdo con un criterio ponderado. Examinemos, brevemente, las posturas¹⁸³⁴.

1) La tesis del precio oficial o tasado. Acogida por una sentencia aislada del TS y por numerosa jurisprudencia menor sostiene que las VPO deben valorarse en la liquidación de gananciales y en la partición hereditaria por su precio legal tasado¹⁸³⁵. Dicha doctrina se funda en varios argumentos: primero, que el requisito del precio cierto de estos pisos lo fija la disposición legal que los autoriza y determina (FJ 3º STS 09/02/1995 y la jurisprudencia allí citada) siendo necesario cumplir los precios fijados por la legislación de VPO (FJ 3º y 5º STS 09/02/1995); segundo, en la necesidad de evitar el eventual enriquecimiento injusto del cónyuge a quien no se adjudicó el inmueble y el empobrecimiento del cónyuge a quien sí se atribuyó y ello porque dicho resultado se alcanzaría si, al realizarse la liquidación o partición, se valora la vivienda como libre pero, en ese momento, el cónyuge adjudicatario no podría venderla por un precio superior al legal (o de hacerlo debería arrostrar las correspondientes sanciones administrativas)¹⁸³⁶; y, tercero, por la naturaleza imperativa de las normas que limitan el precio de las VPO, límites vigentes mientras la VPO no sea descalificada¹⁸³⁷.

2) La tesis del precio de mercado. Acogida por diversas resoluciones del TS y por numerosa jurisprudencia menor sostiene que las VPO deben valorarse en la liquidación de gananciales y partición de la herencia por el precio de libre mercado¹⁸³⁸.

1833Sobre este asunto vide MAS BADIA, M.D. *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 96 y ss.; de la misma autora, «Método de avalúo...», ob. cit. pp. 121-152.

1834Vide más ampliamente RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: «Los distintos criterios utilizados para tasar una vivienda de protección oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, p. 17. En la misma obra, pp. 21 y ss. ofrece, a modo de recapitulación, una enumeración y breve comentario de los argumentos a favor del precio "oficial o tasado" y a favor del precio "real o de mercado".

1835La sentencia aislada del TS es de 9/2/1995 (TOL1.667.003,). La numerosa jurisprudencia menor está constituida, entre otras, por SAP Valencia -Secc. 8ª- de 25/04/2000 (Roj: SAP V 2733/2000); SAP Álava -Secc. 2ª- de 21/09/2000 (Roj: SAP VI 569/2000); SAP Guipúzcoa -Secc. 1ª- de 20/05/2002 (Roj: SAP SS 646/2002,); SAP Madrid -Secc. 22ª- 25/06/2002 (TOL200.692).

1836MAS BADIA, M.D. «Método de avalúo...», cit. p. 129 con cita de numerosa jurisprudencia menor.

1837STS 09/02/1995 (TOL1.667.003).

1838En la jurisprudencia del TS pueden citarse las STS 11/07/1995 (TOL1.657.585); STS 16/12/1995 (TOL1.658.025); STS 14/11/2002 (TOL225.505) y ATS de 16/05/2000 (TOL3.424.683,). En nuestra jurisprudencia menor, entre otras muchas, SAP Madrid -Secc. 22- 27/09/2002 (TOL229.051); SAP Jaén -Secc. 2ª- 29/09/2005 (TOL809.573); SAP Madrid -Secc. 24ª- de 13/10/2005 (TOL749.912); SAP Santander -Secc. 2ª- de 21/11/2005 (TOL786.600); SAP Asturias -Secc. 6- de 08/05/2006 (TOL971.162); SAP Vizcaya -Secc. 4ª- de 20/07/2006 (TOL1.062.060).

MAS BADIA sistematiza los argumentos de esta postura señalando que son¹⁸³⁹: primero, la jurisprudencia sobre la compraventa de VPO con sobreprecio si bien con distinto alcance¹⁸⁴⁰; segundo, el enriquecimiento injusto del cónyuge a quien se adjudicó el inmueble que se produciría si este se valorase por su precio oficial, derivado de las expectativas de plusvalía cuando el inmueble quede descalificado y pueda venderse como libre (ATS 16/05/2000, TOL3.424.683); tercero, el criterio de igualdad en la liquidación de gananciales entre el valor de lo asignado a cada cónyuge (art. 1061 CC aplicable en virtud de la llamada que realiza el art. 1410 CC) siendo el precio de mercado la única forma de respetar la igualdad en la confección de los lotes a adjudicar a uno y otro cónyuge y, cuarto, la uniformidad en el criterio de valoración de los bienes porque, si todos los bienes deben valorarse al liquidarse la sociedad de gananciales de manera uniforme y usualmente dicha valoración se hace a precios de mercado, entonces también debe valorarse con idénticos criterios las VPO.

3) La tesis del criterio diferenciado ponderado. - La STS 4/4/2008¹⁸⁴¹ resuelve la contradicción reseñada en la jurisprudencia con una tesis intermedia y una, en palabras de MONTERO AROCA, «clarísima solución»¹⁸⁴². Y así, tras proclamar dicha sentencia que para resolver esta cuestión debe partirse de un dato imprescindible, cual es la posibilidad de que en un plazo determinado la vivienda se descalifique y entre en el mercado libre, deduce que debe diferenciarse, a efectos de valoración, según la vivienda no sea descalificable o, por contra, sí lo sea. En el primer supuesto, la vivienda debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial; en el segundo - vivienda descalificable- la misma debe valorarse «de acuerdo con un criterio ponderado» y así «se aplicará el valor del mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de protección»¹⁸⁴³.

1839MAS BADIA, M.D. «Método de avalúo...», ob. cit. pp. 130-131.

1840Algunas sentencias que defendían la tesis del precio de mercado se fundaban en la doctrina contenida en las etapas tercera y quinta de la jurisprudencia analizada relativa a las compraventas con sobreprecio reconociendo cierta equivalencia entre dicha hipótesis y la valoración de la VPO en la liquidación de gananciales (así. p. ej. STS 11/07/1995 -TOL 1657585), pero, por contra, otras sentencias defienden la tesis del precio de mercado pese a recurrir, al tiempo, a la jurisprudencia que defendía la tesis de la nulidad parcial sustitutiva del contrato de venta con precio ilegal (así, p. ej. STS 14/11/2002 -TOL225.505) (vide al respecto MAS BADIA, M.D. «Método de avalúo...», ob. cit. pp. 130 y 133).

1841STS 4/4/2008 (TOL1.335.998). Doctrina seguida, entre otras, por la SAP Barcelona -Secc. 12ª- 16/02/2009 (TOL1.582.747); SAP Huesca -Secc. 1ª- de 26/05/2009 (TOL373.124); SAP Asturias -Secc. 6ª- de 10/05/2010 (TOL1.906.699); SAP Tenerife -Secc. 1ª- de 08/04/2011 (TOL2.145.350); SAP Granada -Secc. 5ª- de 21/10/2011 (TOL2.296.667); SAP Santander -Secc. 2ª- de 05/12/2011 (TOL2.733.417); SAP Vizcaya -Secc. 4ª- de 01/12/2011 (TOL2.536.282); SAP Pontevedra -Secc. 6ª- de 29/03/2012 (TOL2.507.418); SAP Almería -Secc. 2ª- de 21/09/2012 (TOL3.660.684); SAP Barcelona -Secc. 12ª- de 10/10/2012 (TOL2.682.218); SAP Madrid -Secc. 12ª- de 21/11/2012 (TOL2.717.761); SAP La Coruña -Secc. 4ª- de 22/11/2012 (TOL3.008.845); SAP Jaén -Secc. 1ª- de 03/02/2014 (TOL4.293.692); SAP Valencia -Secc. 6ª- de 03/03/2014 (TOL4.404.559); SAP Madrid -Secc. 21ª- de 09/12/2014 (TOL4.710.220).

1842MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. 4ª ed. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014, p. 355.

1843Sobre los intentos de la jurisprudencia menor posterior a dicha sentencia del TS y de la doctrina por concretar el método de cálculo cfr. MAS BADIA, M.D. *Problemas de valoración...*, ob. cit. pp. 236 y ss.; de la misma autora «Método de avalúo...», ob. cit. pp. 140 y ss. Vide también PÉREZ UREÑA, A.A.: «La valoración de la vivienda de protección oficial en la liquidación de gananciales, a la luz de la praxis judicial» en *Boletín Derecho de Familia* de 1/11/2012. El Derecho-Tribuna, 1-XI-2012, pp. 1-8.

5. La invalidez del negocio jurídico dispositivo sobre inmuebles en el ámbito consumerista desde una perspectiva dogmática o semántica.

Señala el art. 47 CE que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Uno de los medios lícitos para adquirir dicho disfrute es la compra de la misma que, para la mayoría de las personas, es el acto de mayor relevancia económica que realizan a lo largo de su vida siendo lo más habitual que el consumidor, cuando adquiere el inmueble de un profesional (único supuesto en que la compraventa de inmuebles se sujeta a la legislación de consumo), se halle en situación de inferioridad respecto de este, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como en lo relativo al nivel de información¹⁸⁴⁴. Ya se entienda que es dicho desequilibrio el que justifica la legislación tuitiva de consumo¹⁸⁴⁵ ya se entienda que esta se justifica porque es preciso proteger al consumidor que, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar, para ello, bienes y servicios¹⁸⁴⁶, lo cierto es que aquel desequilibrio o esta fatalidad es la que lleva al consumidor a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas¹⁸⁴⁷. Para ampararle frente a los abusos, el derecho de consumo establece, con fundamento constitucional (art. 51 CE), una legislación tuitiva que protege a dichas personas con un carácter esencialmente imperativo (lo que se refleja en la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor) y una interpretación de dichas normas, en caso de conflicto, *pro consumatore*. Legislación tuitiva de consumo no solo de ámbito nacional sino también, y con una relevancia esencial, de ámbito europeo.

Si en los casos examinados en los capítulos precedentes se analizaba la invalidez del contrato sujeto al CC ahora se analizará la invalidez del título cuando este se sujeta a la legislación especial de consumo. Si para la codificación decimonónica los contratantes se encontraban en un equilibrio contractual y el contrato era fruto del libre acuerdo¹⁸⁴⁸, desde finales del siglo XIX entraron en crisis los postulados liberales clásicos¹⁸⁴⁹ y se produjo una profunda transformación en el modelo de contratación a la vista de que, como señalaba DIEZ PICAZO, el presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasaba de ser una quimera¹⁸⁵⁰. Y ello porque, en la mayoría de los contratos de adhesión, categoría exigida por las necesidades de la contratación en masa e instrumento de racionalización para hacer frente a la actividad contractual masificada,

1844Si se adquiere una vivienda de segunda mano de un vendedor particular el contrato quedará sometido al CC, aunque en la venta intermedie una agencia inmobiliaria. Solo si el vendedor es un profesional (normalmente vivienda nueva o en construcción, pero también vivienda de segunda mano si, en este caso, la venta la realiza un profesional en el ámbito de su actividad) la venta quedará sometida a la legislación de consumo (ÁLVAREZ MORENO, M^a.T. «Compraventa de bienes inmuebles» en *Manual de derecho de consumo*, p. 138).

1845En este sentido STJUE (Sala 4^a) de 4/6/2009; STJUE (Sala 1^a) de 21/2/2013, STJUE (Sala 1^a) de 17/7/2014 [22] y STJUE (Gran Sala) de 3/3/2020 [43] con cita de numerosa jurisprudencia.

1846BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.: *Comentario del Texto Refundido...* [2015], ob. cit. p. 65.

1847De hecho, el objeto de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es precisamente abordar las situaciones de desigualdad de las partes en relación con las cláusulas contractuales, que pueden deberse a una asimetría de información o experiencia (STJUE -Sala 5^a- de 17/5/2018, [59]) o capacidad de negociación (STJUE -Sala 4^a- de 3/9/2015, [27]) en relación con las cláusulas contractuales.

1848Con fortuna ha llamado LUTZESCO a esta etapa inicial del siglo XIX la «*edad de oro*» del principio de libertad contractual (en LUTZESCO, G.: *Teoría...*, ob. cit. p. 36).

1849Sobre dicha crisis y dicho tránsito *vide* OSSORIO MORALES, J.: «Crisis de la dogmática del contrato», *ADC* 1952-4, pp. 1175-1186 y DE CASTRO, F.: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC* 1961-2, p. 332.

1850DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho y masificación social; tecnología y derecho privado*. Ed: Civitas. Madrid. 1987, p. 43.

no queda al particular, en expresión de OSSORIO MORALES, «*ni la sombra de aquella libertad inicial*»¹⁸⁵¹. Si el contrato que contemplaba el CC, fruto de la ideología liberal imperante, era el contrato entre personas libres e iguales¹⁸⁵², el contrato celebrado entre empresarios y consumidores regulado por las modernas leyes de consumo, y resultado de la evolución del Estado liberal al Estado social de Derecho, es, como señala BALLUGERA, al mismo tiempo contrato (porque el acuerdo nuclear presupone una intención común que coincide con los términos del contrato) y no-contrato (porque la ausencia de negociación y la imposición de las condiciones generales que caracteriza el contrato de adhesión no permite «*dar por superada*», tras la perfección del contrato, la divergencia de voluntades de la que arranca la formación del contrato)¹⁸⁵³. Ello unido a la determinación unilateral del contenido contractual en los contratos de adhesión por la parte más fuerte -empresario- de modo que el consumidor se limita a prestar su conformidad al mismo, provocan, como veremos, sustanciales diferencias en el régimen de la invalidez.

La protección del consumidor tiene en España actualmente una dimensión constitucional y, así, dispone el art. 51.1 CE que «*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*». Para dar cumplimiento al citado mandato constitucional, se dictó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios norma criticada por la doctrina debido a su mala técnica jurídica¹⁸⁵⁴ y que fue, con posterioridad a su promulgación, objeto de numerosas modificaciones, la mayoría para incorporar diversas directivas de la UE sobre consumo. Por ello, y en cumplimiento de la habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido contenida en la DF 5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se dictó el vigente RD-L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU y otras leyes complementarias. Dicho RDL 1/2007 ha sido objeto con posterioridad de numerosas reformas¹⁸⁵⁵, muchas de ellas exigidas por la jurisprudencia del TJUE que en unión de la jurisprudencia del TS ha dado lugar en los últimos años, como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, a una «*época prodigiosa de la Jurisprudencia civil sobre contratos*» en el ámbito del derecho de consumo con novedades jurisprudenciales muy significativas¹⁸⁵⁶. Dicha jurisprudencia si bien en términos generales merece una

1851 OSSORIO MORALES, J.: «Crisis...», ob. cit. p. 1182.

1852 MONTES RODRÍGUEZ, Mª.P.: «El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor», *La protección del consumidor de inmuebles*, cit. pp. 187 y 188.

1853 BALLUGERA GÓMEZ, C.: *El contrato no-contrato*, ob. cit. pp. 39 y 46.

1854 Una causa de dicha mala técnica jurídica se debió a las prisas en la redacción de dicha ley, urgencia causada por el escándalo de la intoxicación masiva sufrida en España en 1981 como consecuencia de derivación de aceites industriales de colza al consumo humano (ALVAREZ MORENO, Mª.T.: *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*. Ed. Reus. Madrid, 2015, p. 13, n 17). Más ampliamente sobre la influencia de dicho masivo envenenamiento alimentario en la celeridad en la elaboración de la Ley 26/1984 en LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* [6ª ed.]. Ed. Dykinson. Madrid, 2014, p. 31.

1855 Destacan, entre las reformas del RD-L. 1/2007, **primero**, la llevada a cabo por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios; **segundo**, la efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo; y **tercero**, la realizada por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21-5-2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

1856 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 13. Destaca dicho autor como novedades jurisprudenciales, entre otras, la nueva doctrina jurisprudencial que afirma que en los contratos complejos la determinación del *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio no podrá quedar fijado antes de que el perjudicado hubiera podido conocer el error, aunque este momento sea posterior a la consumación del contrato [STS 12/1/2015, TOL 4712377]; la nueva interpretación jurisprudencial sobre la confirmación tácita ex art. 1.311 CC de los contratos de inversión

valoración positiva ha instalado, en todo lo relativo al régimen de la invalidez contractual, una idea de precariedad o inseguridad, que infunde, dice PERTIÑEZ, un componente azaroso al ejercicio de las acciones ya sean de anulación por vicio del consentimiento o de nulidad de pleno derecho¹⁸⁵⁷. En todo caso, como sigue señalando este autor: «*muchas cosas han cambiado en torno al régimen de la nulidad en muy poco tiempo*»¹⁸⁵⁸ hasta el punto de haberse producido un «*movimiento tectónico del régimen de la nulidad contractual*»¹⁸⁵⁹. Y es preciso realizar, por tanto, un acercamiento a dichos cambios y a dicho nuevo régimen de la invalidez en sede consumerista.

Corresponde, pues, a las próximas líneas analizar cuándo queda sometido el negocio jurídico inmobiliario a la legislación de consumo, cuáles son las principales consecuencias de dicha sumisión y cuáles son los supuestos típicos y casuísticos de invalidez; es decir, la protección concreta que ha merecido el consumidor inmobiliario tanto cuando adquiere una vivienda como cuando contrata, normalmente con una entidad financiera, un préstamo con garantía hipotecaria para financiar aquella adquisición. La importancia y relevancia de dicha materia es innegable no sólo porque la compra de una vivienda supone para el consumidor, en la mayoría de los casos, el acto de mayor relevancia económica que realizarán a lo largo de sus vidas, sino también porque, como destaca RUIZ REYES, la compraventa de viviendas es el sector que mayor conflictividad presenta en materia de consumo¹⁸⁶⁰.

5.1 Elementos personales y reales.

En el marco de los elementos personales es preciso abordar dos cuestiones completamente distintas. En primer lugar, quién es consumidor y empresario inmobiliario y, por tanto, a quien se aplica la legislación consumerista. Y, por otro lado, quién es competente para amparar al consumidor inmobiliario frente a la abusividad de las cláusulas.

5.1.2 Elementos personales: El consumidor y el empresario inmobiliario ¿a quién se aplica el TR de la LGDCU?

afectados por vicio de error, que resalta la necesidad de que los actos realizados por el legitimado para anular el contrato denoten inequívocamente, su voluntad de renunciar a la acción de anulación; la doctrina del TJUE que prohíbe limitar en el tiempo la determinación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (STJUE 21/12/2016) y prohíbe moderar las cláusulas declaradas abusivas (STJUE 14/6/2012); la jurisprudencia del TS sobre la consideración de la pretensión de restitución del art. 1303 CC como una consecuencia ineludible de la invalidez aplicable de oficio como efecto «ex lege» [STS 10/3/2015, TOL 4839298]; la necesidad de complementar la regla de la restitución recíproca del art. 1303 CC con la prohibición del enriquecimiento injusto [STS 13/3/2012, TOL 2514768]; la irrelevancia de la imputación a una de las partes de la causa de anulación por error vicio en la determinación de la consecuencias restitutorias del art. 1.303 CC etc. (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 13-15).

1857PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 17-20.

1858PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 16. Así señala este autor como, en ocasiones, ciertas resoluciones de la Sala 1ª del TS «*parecen estar dictadas para salir del paso de un problema concreto o directamente de un atolladero generado por una resolución errónea precedente*»; en otras ocasiones, nuestro TS no delimita con precisión los contornos de la nueva doctrina que establece. Y, por último, otras veces, los avances de la jurisprudencia han sido vacilantes matizando o rectificando en muy poco tiempo doctrina contenida en resoluciones anteriores recientes, como sucedió con la determinación del “*dies a quo*” del plazo de caducidad de la acción de anulación por error vicio en contratos de tracto sucesivo [STS 19/2/2018, (TOL 651390), que rectifica la STS 14/1/2017 (TOL 5937470)] o en relación a la propagación de la nulidad sobre una novación posterior [STS 13/9/2018, (TOL 6796894) que rectifica la doctrina contenida en STS 16/10/2017 (TOL 6402975)] (ibíd. p. 16).

1859PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 17

1860 Así, RUIZ REYES, A.L.: «Cláusulas abusivas en la compraventa profesional de viviendas», *Reclamaciones en materia de consumo*. Ed. Dykinson, 2016, pp. 55-166, pp. 57 y 113.

Señala el art. 2 RDL 1/2007 que dicha norma se aplicará a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Importa, por tanto y mucho, determinar qué ha de entenderse por consumidor y empresario porque de la calificación como tal dependerá la aplicación del régimen tuitivo establecido por la normativa consumerista o la aplicación, en su defecto, de la normativa general (principalmente el CC) o, en caso de relaciones entre profesionales, de la LCGC. La «*onus probandi*» de la condición de consumidor, según la jurisprudencia mayoritaria, corresponde a quien pretende hacer valer la legislación protectora de consumo¹⁸⁶¹ si bien no falta jurisprudencia minoritaria y doctrina que sostienen, en contra, que existe una «*inversión de carga de la prueba a favor del consumidor*» y, por tanto, «*se presume que la persona física actúa en su condición de consumidor mientras no se acredite lo contrario*» por lo que la carga de la prueba de la no condición de consumidor le correspondería al profesional predisponente¹⁸⁶².

5.1.2.1 El consumidor inmobiliario

Señala el art. 3 RDL 1/2007, en su redacción dada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, que son consumidores o usuarios: «*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*» así como «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*». Aceptada la irrelevancia de la distinción entre consumidores y usuarios¹⁸⁶³, y aceptado que dicho consumidor, y así lo ha reconocido el texto ordinamental y judicial, puede serlo tanto de bienes muebles como de inmuebles¹⁸⁶⁴ trataré de abordar, a continuación, los problemas principales que

1861Entre otras, SAP de Pontevedra -Secc. 6ª- de 22/01/2018 (TOL6.534.892) que, con expresa referencia a la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la carga de la prueba, se inclina, con cita de numerosa jurisprudencia, porque corresponda al consumidor toda vez que «*se trata de la prueba de un hecho del que depende la aplicación de un estatuto jurídico especial en el que descansa la pretensión deducida*» por lo que «*incumbe la prueba a quien invoca tal condición*» (art. 217.2 LEC) y toda vez que «*es el propio consumidor quien está en condiciones mejores para justificar el destino del bien o servicio adquirido, y en los casos en que se trata de contratos de préstamo, la inversión dada al capital adquirido*» (art. 217.7 LEC). En el mismo sentido, SAP Lleida -Secc. 2ª- de 26/06/2020 (TOL8.031.766) y SAP Madrid -Secc. 28ª- de 12/09/2019 (TOL7.634.160) que también invocan el principio de facilidad probatoria a que se refiere el art. 217.7 LEC para imponer la *onus probandi* sobre la condición de consumidor a este cuando no exista otro indicio sobre el objeto profesional o de consumo del contrato.

1862Así, entre otras SAP Valencia, Secc. 8ª, de 12/03/2018 (TOL6.585.455); SAP Valencia, Secc. 8ª, de 12/06/2020 (TOL8.018.503). Véase ampliamente sobre esta cuestión DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. pp. 84-88.

1863Como señala BERCOVITZ, la LGDCU mantiene inútilmente, junto con la denominación de consumidor, la de usuario, dualidad que sólo sirve para confundir, induciendo a pensar que se refieren a conductas distintas cuando no es así porque no cabe distinguir afirmando que el consumidor lo es de bienes y el usuario de servicios ya que p.ej. el art. 49.1.j) RDL 1/2007 habla sólo de derecho del consumidor, refiriéndose a bienes y servicios y el art. 87.5 habla de uso o consumo indistintamente para bienes y servicios. Por ello, el consumidor puede serlo de bienes y de servicios y aquella distinción, que carece de contenido material, solo se justifica por un respeto formal al art. 51 CE, que se refiere expresamente a «*consumidores y usuarios*» (en BERCOVITZ R.: *Comentarios del Texto...*, ob. cit. pp. 66 y 67). Por otro lado, el término consumidor tampoco es unívoco porque según en qué ley se emplee puede responder a una idea distinta (vide más ampliamente sobre los distintos conceptos de consumidor en derecho español ALVAREZ MORENO, Mª.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. pp. 23-32, y sobre los distintos conceptos de consumidor en derecho europeo HERRERO JIMÉNEZ, M. «Concepto de consumidor en el derecho de la Unión Europea» *REEE*, 28, 2016, pp. 212-213 *et passim* y CAMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, nº 1, pp. 87-88).

1864Reconocen expresamente la condición de consumidor del adquirente de vivienda tanto la EM del RD 515/1989 como, en la jurisprudencia, entre muchas otras la STS 15/03/2010 (TOL1.813.700). En todo caso, cuando nos referimos a consumidor de inmuebles nos referimos a consumidor jurídico; es decir, el que establece la relación contractual con el transmitente y no obviamente a consumidor material (la per-

se plantea dicho consumidor inmobiliario.

A) El consumidor inmobiliario persona física –

Establece el actual art. 3 RDL 1/2007 que son consumidores, entre otros, «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Dicho artículo modifica la definición original que contenía el art. 3 en su texto original de 2007 (que consideraba consumidores a «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional») con la finalidad de copiar *verbatim* la definición contenida en el art. 2.1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25-10-2011 sobre los derechos de los consumidores, pero, como señala BERCOVITZ en posición que comparto, se trata de una modificación formal sin consecuencia alguna porque el consumidor que actúa «en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional» es el mismo que el que actúa «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»¹⁸⁶⁵. En todo caso, para que se aplique la legislación protectora de consumo, y no el CC, la condición de consumidor y el requisito exigido por el art. 3 RDL 1/2007 debe concurrir en el momento de la celebración contrato siendo indiferente que posteriormente la pierda o que anteriormente no la hubiese tenido¹⁸⁶⁶.

Supuestos dudosos sobre la condición de consumidor de una de las partes:

1) La persona física no profesional funcionalmente vinculada con un profesional. El TS no considera consumidor a la persona física cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, tiene un «*vínculo funcional*» con el contratante profesional de modo que no es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación por lo que, a estos efectos, todos los administradores de una sociedad han de considerarse empresarios y no consumidores¹⁸⁶⁷. Precizando con

sona que, efectivamente, consume el bien o servicio) porque los bienes inmuebles no se consumen por el uso (art. 333 y ss. CC) [así, CUENCA ANAYA, F.: «El consumidor de bienes inmuebles» *ASN*, T. 6, 1992, (pp. 9-34); ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 33 y ALVAREZ MORENO, M^a.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 27].

1865BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.: *Comentarios del Texto...*, ob. cit. pp. 59-60. No obstante, para ALVAREZ MORENO la definición legal del concepto de consumidor es tras la modificación introducida por dicha Ley 3/2014 «*algo más extenso*» que lo que lo era en la redacción original del RDL 1/2007 (en ALVAREZ MORENO, M^a.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 24). Y, por su parte, CAMARA LAPUENTE destaca el cambio sutil –y desapercibido, pero importante– que existe entre la antigua redacción del art. 3 RDL 1/2007 que usaba el artículo indefinido «*una*» actividad empresarial o profesional y el pronombre «*su*» que emplean las Directivas y la redacción actual del art 3 RDL 1/2007 (en CAMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal...», ob. cit. p. 88).

1866Así, STS 10/01/2018 (TOL6.478.077); STS 23/11/2017 (TOL6.441.474); SAP Madrid -Secc. 28^a- de 12/09/2019 (TOL7.634.160). Y en nuestra doctrina DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor» en la obra *Jurisprudencia sobre hipotecas...*, ob. cit., pp.76 y 79.

1867Así, en la STS 20/12/2018 (TOL6.978.581) se niega la condición de consumidor a la persona física que en un préstamo hipotecario intervino como fiador solidario siendo, al tiempo, administrador y apoderado de la sociedad hipotecante no deudora y administrador de la sociedad deudora. Y se niega dicha condición de consumidor porque tiene una evidente especial vinculación funcional con las partes del contrato de préstamo hipotecario, es decir, no son del todo ajenos al aspecto empresarial o profesional de la operación. En el mismo sentido, la STS 28/05/2018 (TOL6.621.258), con cita de los ATJUE de 19/11/2015 (asunto C- 74/15) y ATJUE de 14/9/2016 (asunto C-534/15), señala que solo pueden considerarse consumidores el fiador (persona física) de un contrato celebrado entre una sociedad mercantil y una entidad de crédito cuando aquella persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. Sobre la caracterización de ese vínculo funcional, el ATJUE de 19/11/2015 ofrece una primera aproximación, al decir que corresponde al juez nacional determinar si dicho garante actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado (sobre dicho ATJUE

más detalle dicho concepto de «*vinculación funcional*» hay que concluir con DE LA RUA NAVARRO¹⁸⁶⁸: primero, existirá dicha vinculación en los gerentes de la sociedad deudora principal, administradores societarios y quienes ostenten una participación significativa en el capital social¹⁸⁶⁹; segundo, no habrá vinculación funcional cuando un familiar sin relación con la entidad prestataria avale un préstamo (p. ej. padre que avala un préstamo de un hijo para la apertura de un negocio); y tercero, habrá vinculación funcional, con base en los arts. 6 y 7 CCom, del cónyuge por las deudas empresariales del otro cónyuge empresario -persona física- de las que deba responder legalmente (STS 7/11/2017, TOL6.427.745)¹⁸⁷⁰, pero no cuando el cónyuge sea avalista de un administrador societario, socio o gerente de una sociedad deudora principal en el préstamo porque, en tales casos, no es el socio, administrador o gerente sino la mercantil quienes ejercitan el comercio¹⁸⁷¹.

2) La persona física no profesional que adquiere una segunda vivienda sin fines de inversión. Nuestra jurisprudencia menor considera que no se pierde la condición de consumidor inmobiliario por adquirir una segunda vivienda si es, también, para uso personal o familiar¹⁸⁷². Y, así, señala la SAP de Alicante de 16/02/2012 que «*el hecho de que los compradores ya sean propietarios de una vivienda propia en la ciudad de Alicante no impide que tengan interés en adquirir otra vivienda para su disfrute durante la temporada estival en la localidad de Villajoyosa*»¹⁸⁷³. En el mismo sentido, se manifestó la SAP Murcia [4ª] 22/09/2011, referida a un supuesto de adquisición de dos viviendas en zonas diferentes y distanciadas -en el tiempo y en el espacio, distintas provincias- siendo intención de los adquirentes vender la primera para residir en la segunda¹⁸⁷⁴.

3) El adquirente de vivienda con fines de inversión. La jurisprudencia menor, en un

de 19/11/2015 y ATJUE de 14/9/2016 vid. LYCZKOWSKA, K. ¿Es consumidor una persona física que otorga una garantía a favor de una sociedad mercantil?» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º. 20, 2016, pp. 201-203). Y concluye el TS en las dos sentencias citadas que en el término "gerencia" que emplea el TJUE se comprende toda modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien directamente participa en la toma de decisiones de la sociedad tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean de la clase que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores.

1868 DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. pp. 90-94.

1869 En cuanto al concepto de "participación significativa en el capital social" ha señalado la STS 28-5-2018 (TOL6.621.258) que: «*más allá de engorrosas magnitudes puramente numéricas o porcentuales [...] lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza*».

1870 El caso resuelto por dicha sentencia se refería a un préstamo concedido a un matrimonio para unificar las deudas que previamente había contraído el esposo en el ejercicio de su actividad empresarial considerando el TS que la esposa —también prestataria— no tiene la condición de consumidora porque existe vinculación funcional. Así, al no ser consumidor ningún cónyuge prestatario, no cabe realizar el control de abusividad y transparencia de la cláusula que fue objeto de litigio

1871 DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. p. 92.

1872 Así, *obiter dicta*, SAP La Rioja, [1ª] de 10/05/2012 (TOL2.542.131). Por ello, aunque la SAP Valencia [7ª] de 19/11/2012 (TOL3.261.286) consideró la adquisición dos meses antes de otra vivienda un indicio del carácter especulativo de la operación, existían otros indicios que, junto a la adquisición casi simultánea, acreditaron dicho carácter especulativo (como señala dicha sentencia a la vista de los ingresos de los adquirentes y de la cuota de amortización de la vivienda adquirida en primer lugar era evidente la imposibilidad de pagar una nueva cuota de amortización por lo que de ello deduce que esa segunda vivienda se adquirió con fines especulativos). Pero, si no consta acreditado dicho carácter especulativo y se acredita *ad casum* que ambas viviendas se destinan a consumo privado del adquirente (p.e por la distancia temporal entre las dos adquisiciones), no se pierde la condición de consumidor.

1873 SAP Alicante -Secc. 6ª- de 16/02/2012 (TOL2.569.210).

1874 SAP Murcia -Secc. 4ª- 22/09/2011 (TOL2.252.158).

principio, negó la condición de consumidor de bienes inmuebles a quien actuaba con una finalidad especulativa¹⁸⁷⁵ y consideró que: «*las disposiciones protectoras del consumidor como parte económica más débil, sólo puede englobar contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo*» de modo que «*no cabe extender el concepto de consumidor inmobiliario a aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren viviendas con un fin distinto a destinarlas a su propia y personal utilización*»¹⁸⁷⁶ exigiéndose, en suma, que el consumidor fuera destinatario final y que la adquisición se realizase «*con fines privados*»¹⁸⁷⁷. También, cierto sector doctrinal excluyó del concepto de consumidores a aquellos sujetos que realizan operaciones de inversión porque, afirmaban que, en línea de principios, «*la función de consumo repugna por naturaleza la esencia de la inversión*»¹⁸⁷⁸. No obstante, frente a dicha jurisprudencia menor y dicha doctrina, la STS (Pleno) de 16/1/2017 (TOL5.935.365) ha considerado, con precedentes en nuestra jurisprudencia menor¹⁸⁷⁹ y en posición elogiada por la doctrina mayoritaria¹⁸⁸⁰, que es consumidor quien adquiere un bien con ánimo de lucro (el inversor), salvo que lo haga con habitualidad pues el art. 3 RDL 1/2007 sí exige dicha ausencia de ánimo de lucro para que una persona jurídica o un ente sin personalidad pueda considerarse consumidor, pero no para que una persona física pueda considerarse consumidor¹⁸⁸¹. Por tanto, según dicha sentencia el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor de una persona física y solo quedará excluida dicha condición, señala

1875 Así, según la SAP Valencia [7ª] de 19/11/2012 (TOL3.261.286) no se aplica la legislación consumérista a quien adquirió una vivienda no con la finalidad de fijar en ella su domicilio (ya que habían inscrito dos meses antes otra a su favor que cubría sus necesidades), sino para obtener un beneficio con su venta en un periodo de tiempo en el que el valor de la vivienda se sometió a una fuerte especulación.

1876 Así, entre otras, SAP Vizcaya -Secc. 3ª- 11/01/2012 (TOL4.315.487); SAP Las Palmas -Secc. 5ª- 20/07/2010 (TOL5.306.900); SJPI 10 Murcia de 8/11/2010 (TOL2.042.070).

1877 Así, SAP La Rioja -Secc. 1ª- 07/04/2015 (TOL4.946.458) con cita de numerosa jurisprudencia.

1878 FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F.J.: «Ámbito de aplicación» en *La defensa...*, ob. cit. p. 72; SANCHEZ ANDRES, A. «La protección del inversor...», ob. cit. p. 217. En el mismo sentido, RECALDE CASTELLS quien afirma que incluir operaciones que responden a una finalidad de ahorro o inversión dentro de la noción de consumidor daría lugar a una concepción de consumidor que «*entra en contradicción con la percepción natural del acto de consumo que, en definitiva, supone la satisfacción de necesidades personales*» (RECALDE CASTELLS, A.: «El derecho de consumo como derecho privado especial» en *El futuro de la protección jurídica...*, ob. cit. p. 549. Vid. ampliamente sobre autores a favor y en contra de incluir al inversor en el concepto de consumidor en RECALDE CASTELLS, A.: últ. ob. cit. p. 549, n. 311).

1879 Con anterioridad la SAP de Pontevedra -Secc. 1ª- de 14/10/2014 (TOL4.604.055) consideró consumidor a la persona física que adquiere un inmueble con ánimo de lucro (para arrendarlo), siempre que la actividad no sea habitual ni forme parte de su profesión. El supuesto de hecho enjuiciado por dicha sentencia se refería a cuatro abogados que compraron un local comercial por medio de un préstamo hipotecario no para destinarlo a bufete sino para arrendarlo y obtener un lucro. La AP de Pontevedra concluye que son consumidores porque el ánimo de lucro no impide la aplicación de la normativa de consumo siempre que la actividad no sea habitual ni forme parte de su profesión (y, en este caso, la finalidad por la que los abogados adquirieron el inmueble no estaba vinculado a su actividad profesional, la abogacía). En congruencia con dicho criterio, según la STS de 28/05/2014 (TOL4.437.949) si el abogado compra un local que destina a su despacho profesional no se aplica la legislación de consumo porque: «*el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios*». A favor de la posición sostenida por dicha SAP de Pontevedra HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D.: «Consumidor y comerciante», ob. cit. pp. 30-31,

1880 A favor de la posición sostenida por dicha resolución vide MARÍN LÓPEZ, M.J.: «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º. 20, 2016, pp. 206-208.

1881 Con anterioridad a dicha sentencia la doctrina mayoritaria ya consideraba que el art. 3 RDL 1/2007 no exige que el consumidor persona física, a diferencia del consumidor persona jurídica, carezca de ánimo de lucro, (entre otros BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentario del Texto Refundido...* [ed. 2015] ob. cit. p. 60; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D.: «Consumidor y comerciante», ob. cit. p. 30) aunque es evidente que, en todo caso, deberá carecer de ánimo de lucro empresarial (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentario del Texto Refundido...* [ed. 2015] ob. cit. p. 60).

dicha sentencia, si asiduamente y en un corto periodo de tiempo realiza varias de esas operaciones porque, en tales casos, «realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1º Ccom»¹⁸⁸².

4) Los contratos con doble finalidad (personal y empresarial). En ocasiones, no es sencillo conocer si una persona física es o no consumidor porque en una misma operación puede actuar en parte con un propósito ajeno a su actividad empresarial y en parte con un propósito empresarial¹⁸⁸³. En tales supuestos de contratos con doble finalidad considera BERCOVITZ que cuando el bien o servicio adquirido se usen al tiempo con un destino profesional y particular el *accipiens* solo resulta amparado por la legislación de consumo si el destino «*manifiestamente predominante*» del bien adquirido es su uso particular y el destino empresarial es manifiestamente menor, esto es, residual¹⁸⁸⁴. No obstante, la STS 05/04/2017 (TOL6.033.775) se aparta de dicha doctrina y acude, para resolver los problemas que plantea los contratos con doble finalidad, al criterio del objeto predominante (no ya «*manifiestamente predominante*») de modo que el contratante será considerado consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato por lo que ya no se exige, para someter el contrato a la legislación de consumo, que el fin comercial sea residual sino simplemente que el fin personal predomine (i.e. que el fin personal sea superior al 50 %, aunque el 49% restante sea para uso profesional)¹⁸⁸⁵.

5) El inversor en viviendas en construcción para revenderlas. Por último, en cuanto a la estipulación contenida en numerosos contratos que prevé que el comprador pueda escriturar a nombre de terceras personas que estime conveniente sin penalización, existe numerosa jurisprudencia menor que ha considerado que la misma constituye un indicio de que el *accipiens* no es consumidor¹⁸⁸⁶.

1882Se adhiere a dicha doctrina de la Sala Primera, entre otros, DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. p. 80.

1883Los contratos con doble finalidad se refieren a supuestos en que en el mismo contrato el consumidor actúa con una finalidad personal y empresarial, pero, por supuesto, como nos recuerda la STJCE (Sala 6ª) de 3-7-1997 [16] también cabe que «una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto de otras» por lo que, en tales casos, habrá que determinar si dicha persona actúa, en cada concreto contrato, como consumidor o como empresario.

1884BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentario del Texto Refundido...* [ed. 2015] ob. cit. p. 66. Se adhieren a dicho criterio distintivo, entre otros, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F.J.: «Ámbito de aplicación» en *La defensa...*, ob. cit. p. 73; ALVAREZ MORENO, Mª.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 29; PARRA TORRES, V. *La Protección del Consumidor en el Contrato de Compraventa de Vivienda en Construcción*. Tesis Doctoral. Univ. de Murcia 2014, p. 85. Y en nuestra jurisprudencia la STJCE de 20/1/2005 (Asunto C-464/01, caso Johann Gruber c. Bay Wa AG). Sobre el supuesto de hecho contemplado y resuelto por esta última e importante sentencia y los razonamientos jurídicos que dicha resolución emplea vid. más ampliamente SOSA OLÁN, H. *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*. Ed. Univ. de Salamanca. 2015, pp. 55-57; SOSA OLÁN, H.: «El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español» *Ars Boni et Aequi*, año 11, nº. 2, 2015, pp. 182-184; EBERS, MARTIN.: «Editorial: ¿Quién es consumidor?», *ADC* 2006-I pp. 236-238; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F.J.: «Ámbito de aplicación» en *La defensa...*, ob. cit. p. 72 y DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. p. 81 n.5.

1885Véase más ampliamente sobre esta cuestión en posición parcialmente crítica con dicha sentencia MARÍN LÓPEZ, M.J.: «La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial)» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º. 22, 2017, pp. 205-206. Sentencia del TS también comentada por DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor», ob. cit. pp. 81-82.. No obstante, a favor de atender al criterio del «uso preponderante o principal que va a desarrollar el adquirente del bien» para calificar a este como consumidor o no véase HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D.: «Consumidor y comerciante», ob. cit. p. 34.

1886Así, entre otras, SAP La Rioja -Secc. 1ª- de 20/02/2012 (TOL2.493.473); SAP La Rioja -Secc. 1ª- de 03/04/2012 (TOL2.525.230); SAP La Rioja -Secc. 1ª- de 10/05/2012 (TOL2.542.131); SAP Madrid

B) El consumidor inmobiliario persona jurídica.

Como hemos visto el art. 3 TR de la LGDCU considera también consumidores a «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*»¹⁸⁸⁷.

Una diferencia entre nuestro TRLGDCU y el Derecho comunitario reside en que mientras que aquel extiende, dado el carácter de mínimos de las Directivas, la tutela y la definición de consumidor a la persona jurídica (e incluso a las entidades sin personalidad jurídica) siempre que actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, por el contrario, el derecho comunitario sólo considera consumidor a las personas físicas¹⁸⁸⁸. En todo caso, si bien la persona jurídica puede, en línea de principio ser consumidor inmobiliario, en nuestra dogmática teórica la mayoría de los autores se han inclinado por excluir del concepto de consumidor a las personas jurídicas mercantiles (sociedades)¹⁸⁸⁹ y, en la práctica, la jurisprudencia dificulta enormemente, al menos en las sociedades de capital, dicha consideración¹⁸⁹⁰. A modo de ejemplo, la SAP Madrid de 08/02/2010 analiza un caso en que la sociedad compradora sostuvo que la vivienda fue comprada con el único fin de constituirse como vivienda en la que los socios pasan temporadas de vacaciones, por lo que su único destino es el del disfrute de los dos únicos socios. Aun reconociendo la certeza de dicha afirmación, la AP niega la aplicación de la legislación tuitiva de consumo porque no considera probado que la adquisición del apartamento por parte de la sociedad demandada estuviese fuera de su actividad empresarial. Así, según dicha Sentencia, la controversia no gira en torno a la condición de persona jurídica de la demandada, sino que se centra en el tema de la naturaleza del acto realizado: la compraventa del inmueble. Y si ese acto fue o no un acto que debe ser encuadrado dentro de la actividad mercantil de la sociedad demandada¹⁸⁹¹.

-Secc. 14ª- de 19/02/2013 (TOL3.416.213) y SAP La Rioja -Secc. 1ª- de 02/04/2013 (TOL3.754.624); SAP Valencia, Secc. 8ª, de 12/06/2020 (TOL8.018.503).

1887 Como destaca ALVAREZ MORENO este reconocimiento de las «*entidades sin personalidad jurídica*» como consumidores no es sino un reconocimiento normativo expreso de una realidad que la jurisprudencia ya recogía (en ALVAREZ MORENO, Mª.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 27 n. 35 con cita de abundante jurisprudencia anterior al RDL 1/2007).

1888 En este sentido *vide* art. 3 a) de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23/4/2008; art. 4 Directiva de 16/1/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo; art. 2.1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25/10/2011; art. 2 letra b de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993. Asimismo, en el ámbito jurisprudencial europeo señala la STJCE de 22/11/2001 que «*el concepto de consumidor, tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo [...] debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas*». En todo caso, no es cierto, frente a lo que ha repetido la doctrina, que la protección del consumidor persona jurídica sea una singularidad española porque, al menos, otros 8 países de la UE protegen en sus legislaciones –o jurisprudencias– como consumidoras a determinadas personas jurídicas (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y República Eslovaca) (CAMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal...», ob. cit. p. 97).

1889 Nuestra doctrina ha llegado a afirmar que las personas jurídicas mercantiles no pueden considerarse como consumidoras porque, a diferencia de las personas físicas, «*la ausencia de ánimo de lucro es un presupuesto necesario para la consideración del consumidor de una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica*» (en HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Mª.D.: «Consumidor y comerciante», ob. cit. p. 32). En el mismo sentido de excluir de la condición de consumidora a las sociedades mercantiles parece inclinarse ALVAREZ MORENO al señalar que para que la persona jurídica sea considerada consumidora no puede tener actividad profesional o empresarial ni actuar con ánimo de lucro (en ALVAREZ MORENO, Mª.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 27).

1890 No obstante, con carácter general y no referido al ámbito inmobiliario, existen algunas resoluciones de las AA.PP que conceden a sociedades de capital la protección prevista en la LGDCU. Así p. ej. SAP Asturias [7ª] 07/11/2002 (Roj: SAP O 4141/2002); SAP Girona 23/10/2006 (Roj: SAP GI 1451/2006).

1891 SAP Madrid [8ª] de 08/02/2010 (TOL1.823.913) que afirma: «*La alegación de la demandada de que*

Por otro lado, y dejando al margen las sociedades de capital ya analizadas, entiende la doctrina más autorizada que si bien bajo la vigencia del art. 1.2 LGDCU de 1984 sólo se consideraban personas jurídicas consumidoras las que carecían de ánimo de lucro y no reintroducían en el mercado los bienes o servicios (por lo que era posible considerar consumidoras a las fundaciones y a las asociaciones y más dudosamente a las cooperativas) en la actualidad, puesto que el art. 3 RDL 1/ 2007 exige para calificar de consumidora a una persona jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o comercial quedarían fuera de la noción de consumidor las fundaciones y cooperativas, que tienen esos rasgos de operadores económicos («organización/permanencia/ habitualidad» por definición en virtud del art. 2 Ley de 26-12-2002 de Fundaciones y «actividad económica» en virtud del art. 24.1 de la misma ley) y cumplen sus fines con actividad y organización profesional por lo que sólo quedarían incluidas en el art. 3.2 RDL 1/2007 las asociaciones, siempre que no lo fuesen de profesionales¹⁸⁹².

5.1.2.2 El empresario inmobiliario

Señala el vigente art. 4 RDL 1/2007, en su redacción dada por Ley 27/3/2014, que «*se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe [...] con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*»¹⁸⁹³. El principal problema que se ha planteado en la práctica y donde ha sido preciso recurrir a la definición legal del art. 4 ha sido con relación al supuesto habitual en el que el Banco vende activos inmobiliarios e incluye en el contrato de compraventa una cláusula por la que el comprador declara conocer el estado del bien, su conformidad y renuncia al saneamiento por vicios ocultos. Hay que añadir que, normalmente, se trata de inmuebles deteriorados adquiridos en ejecuciones hipotecarias y respecto de los cuales la entidad financiera ya ha aplicado, en atención a dichas circunstancias de deterioro, un importante descuento en el precio. Si consideramos que es un contrato sujeto a la legislación consumerista la cláusula de conformidad y renuncia al saneamiento será nula por abusiva, pero si consideramos que se sujeta al CC nada impide, al amparo del principio de autonomía de la voluntad -art. 1255 CC- la validez de dicha cláusula. Para solucionar el problema es preciso determinar qué se entiende por empresario a efectos de la LGDCU. Y, así, entiende BERCOVITZ que el art. 4 LGDCU admite dos interpretaciones: una interpretación amplia que considera que el empresario actúa como tal incluso cuando suministre bienes o servicios al margen de

el apartamento fue adquirido para solaz y descanso de los socios no excluye que, tratándose de una sociedad cuyo objeto social es la explotación de bienes inmuebles, pueda -precisamente por su interés de lucro implícito- dedicarla también a la explotación turística, aunque se reservase fechas concretas para uso de los propios socios. De otro lado, una inversión de ese importe no deja de ser un acto importante para una SRL que incorpora a su patrimonio ese inmueble, con las consecuencias contables, fiscales y registrales que ello comporta» por lo que dicha compra del inmueble por la sociedad es «una operación societaria, realizada en cuanto tal sociedad y dentro de la operativa mercantil de la sociedad y de acuerdo con la responsabilidad que en una operación de ese calibre económico le es exigible a todo empresario». En el mismo sentido, SAP Las Palmas [5ª] de 20/07/2010 (TOL5.306.900).

1892 CAMARA LAPUENTE, S.: «El concepto legal...», ob. cit. pp. 99-100. No obstante, considera ALVAREZ MORENO, con cita de jurisprudencia menor, que pueden ser consumidor tanto las asociaciones como las cooperativas o fundaciones (vide, p. ej. SAP Guipúzcoa 12-06-2000 relativa a la Cruz Roja, TOL206.738) (en ALVAREZ MORENO, Mª.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 26).

1893 La redacción original de dicho art. 4 definía al empresario como «*toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional ya sea pública o privada*». La nueva redacción del art. 4 por la Ley 3/2014 persigue copiar la definición de comerciante contenida en el art. 2.2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25/10/2011, pero, como señala BERCOVITZ, en posición que comparto y al igual que ya expuse para el concepto de consumidor, se trata de una modificación puramente formal, que carece de consecuencia alguna

lo que constituya su actividad normal o habitual, siempre que ello se produzca en el mismo marco en el que se desarrolle esta última lo cual sucedería en todos los casos en que el empresario sea una persona jurídica, puesto que la misma sólo puede tener actividad empresarial. Y una interpretación menos amplia, que sigue dicho autor, entendiendo que la actividad esporádica y marginal del empresario en suministros ajenos a su profesión (objeto social en su caso) no queda sujeta al TRLGDCU¹⁸⁹⁴. También sigue esta interpretación menos amplia nuestra jurisprudencia menor. Así, en el ejemplo mencionado del Banco que vende activos inmobiliarios e incluye una cláusula por la que el comprador declara conocer el estado del bien, su conformidad y renuncia al saneamiento por vicios ocultos, la SAP Las Palmas [5ª] de 28/07/2010 señala que dichos pactos no se sujetan a la LGDCU porque dicha operación de venta de inmuebles no puede considerarse como parte de las que constituyen el objeto social de una entidad de crédito¹⁸⁹⁵ y porque el art. 4 RDL 1/2007, en su redacción original, consideraba empresario a quien actuara «*en el marco de su actividad empresarial o profesional*», siendo evidente que la actividad empresarial de una entidad financiera no es la promoción y venta de inmuebles. Y, de este modo, al no someterse a la LGDCU y sí al CC, el contrato será válido por serlo la renuncia al saneamiento por evicción y vicios ocultos (art.1477 y 1485.2 CC) y, en general, toda renuncia de derechos que no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a tercero (art. 6.2) (FJ 2 y 4º).

5.1.3 Elementos personales: ¿Quién puede declarar abusiva una cláusula?

A) El Juez La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5/4/1993 organiza un sistema de protección del consumidor basado en la idea de que este se encuentra en situación de inferioridad con relación al profesional, en lo relativo a la capacidad de negociación y al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones pre-redactadas por el profesional sin tener capacidad de poder influir en su contenido¹⁸⁹⁶. Para garantizar dicha protección, el TJUE mantiene una jurisprudencia constante desde el año 2000 en el sentido de que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato¹⁸⁹⁷. Para ello, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional¹⁸⁹⁸, no solo porque dicho examen de oficio constituye un medio idóneo para impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva y permite ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la

1894BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R se inclina por esta interpretación menos amplia porque fuera de su objeto empresarial, el empresario carece de esa posición de preeminencia frente al consumidor que justifica la especial protección que el Derecho de consumo establece a favor de este último y porque la nueva redacción del artículo 4, refuerza esta interpretación al cambiar la referencia más objetiva a un ámbito empresarial por la más subjetiva a un propósito empresarial (ibíd. pp. 73-74).

1895SAP Las Palmas (Secc. 5ª) de 28/07/2010 (TOL5.306.705).

1896Entre otras, STJUE de 27/6/2000 [25]; STJUE de 26/10/2006 [25] STJUE de 21/2/2013 [19] STJUE 6/10/2009 [29] y de 14/6/2012[39].

1897Así, STJUE de 27/6/2000 (asunto Océano Grupo Editorial *et alia*); STJUE 26/10/2006 [26]; STJUE 21/2/2013 [21] 9/11/2010 [48], y 14/6/2012[41]. También es constante la jurisprudencia reciente de nuestro TS en el sentido de considerar la apreciabilidad de oficio de la abusividad de las cláusulas (entre otras STS de 9/5/2013 -pfo. 110 y ss.- TOL3.671.048) pudiendo acordar la nulidad de oficio, aunque constituya una facultad excepcional, incluso en apelación, si contrarían al orden público (STS 22/4/2015 -TOL4.952.038). No obstante, la STS 3-12-2010 (TOL2.008.906) no declara abusiva una cláusula de interés moratorio del 29% entre otras razones porque no había sido solicitada por las partes dicha nulidad («*si se trataba de un interés abusivo o usurario, debería haberse impugnado por los deudores*», FJ 4º) obviando su deber de analizar incluso de oficio la abusividad (una crítica a dicha sentencia en MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección...*, ob. cit. p. 250).

1898STJUE de 27/6/2000 [29]; STJUE de 21/2/2013 [22]; STJUE 9/11/2010 [49] y de 14/6/2012 [42].

utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores¹⁸⁹⁹, sino también porque dicha facultad judicial es necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, teniendo en cuenta el riesgo de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos¹⁹⁰⁰.

Por consiguiente, el juez nacional¹⁹⁰¹ tiene la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello debiendo acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula es abusiva¹⁹⁰². No obstante, añade la STJUE de 21/2/2013, el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual si bien no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula si está obligado, por el principio de contradicción, a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria¹⁹⁰³. Además, entiende esta sentencia [35] que si el juez considera abusiva una cláusula se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula¹⁹⁰⁴. Y ello porque, como señala la doctrina, la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad¹⁹⁰⁵ si bien hay que reconocer que dicha posibilidad de aquiescencia supone una derogación, a nuestro entender, del carácter indisponible que la teoría clásica de las nulidades atribuye a la nulidad que conlleva la abusividad -máxime cuando se trata de normas de orden público¹⁹⁰⁶- y una quiebra del carácter bipartito de las nulidades. Sobre este tema volveremos más adelante¹⁹⁰⁷.

1899STJUE de 27/6/2000 [28]; STJUE 21/11/2002 [32] STJUE de 26/10/2006 [27].

1900STJUE de 27/6/2000 [26]; STJUE 21/11/2002 [33] STJUE de 26/10/2006 [28].

1901Entiende PÉREZ DEL VILLAR CUESTA que a la vista de que el art. 404.1 LEC concede al LAJ la competencia de examinar y admitir a trámite la demanda, la referencia al «juez nacional» que realiza el TJUE debe extenderse en España al LAJ, pues este forma parte, y cada vez con más competencias, del órgano jurisdiccional (en PÉREZ DEL VILLAR CUESTA, R.: «Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del TJUE»).

1902STJUE de 21/2/2013 [23 y 24]; STJUE de 4/6/2009 [32], 9/11/2010 [56] y de 14/6/2012[43]. En síntesis, la STJUE (Sala Primera) de 26-01-2017 condensa la doctrina de dicho Tribunal acerca del control de oficio de las cláusulas abusivas, recordando -con cita de jurisprudencia- que: «*el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello*». Sobre dicha doctrina del control de oficio de la abusividad de las cláusulas aplicada al supuesto específico del concurso de acreedores vid. BLANCO GARCÍA-LOMAS, L.: «Control de oficio de las cláusulas abusivas en el seno del concurso de acreedores» en *Jurisprudencia...*, ob. cit. pp. 225-241.

1903Dicho límite a la obligación de control de oficio está motivado por la necesidad de garantizar el derecho de defensa del profesional y el principio de contradicción (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor» en *RDUE*. Ed. EDERSA. Madrid, nº 26- enero-junio 2014, pp. 322 y 328).

1904En este mismo último sentido STJUE de 4/6/2009 [35] que señala que cuando el Juez aprecie abusiva una cláusula «*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*».

1905GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio...», ob. cit. p. 323.

1906El TJUE (por todas, STJUE 6/10/2009, Sala 1ª) considera que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 [que establece la no vinculación de las cláusulas abusivas] tiene rango de norma de orden público [52] dada la importancia del interés público en que se basa la protección del consumidor.

1907Actualmente, la LEC ha adecuado sus preceptos (vid. art. 552.1º, pfo. 2º y 557.1. 7 LEC) a la STJUE 14/3/2013, Sala Primera (C-415/2011, asunto Aziz) que había señalado que se oponía a la Directiva 93/13/CEE una normativa como la hasta entonces vigente en España que, al tiempo que no preveía, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular oposición basada en la abusividad de una cláusula contractual que constituía el fundamento del título ejecutivo, no permitía que el juez que conocía del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, pudiera adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

B) Los notarios y registradores. La apreciación de la abusividad de una cláusula, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva en el que se desarrolla la labor de notarios y registradores, ha sido una cuestión debatida que recientemente ha venido a aclararse en gran medida¹⁹⁰⁸. Como primera aproximación a la competencia de los notarios y registradores para apreciar la abusividad de una cláusula debemos partir de la STJCE de 10/4/1984 (asunto Von Colson y Kamann) que señalaba que: «*la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber [...] de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros*»[26]¹⁹⁰⁹. Entre dichas autoridades se encuentran, dice la RDGRN 13/9/2013, notarios y registradores quienes deben realizar una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional para garantizar el principio de efectividad del derecho comunitario, máxime cuando la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas actúa «*ope legis*» o por ministerio de la ley y, en consecuencia, las cláusulas nulas han de tenerse «*por no puestas*» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral¹⁹¹⁰. Por tanto, para alcanzar los resultados

1908Para un análisis detallado de las distintas posturas mantenidas por nuestra doctrina, vid. ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?» en *R.A.D.P.* n.º 8. Pamplona. 2002, pp. 69-104. A favor de que el control de las cláusulas abusivas fuera solo judicial se alegó no solo que el texto de la EM (IV) de la Ley 7/1998 así lo establecía, sino también que existían «razones pragmáticas» que aconsejaban, en bien de la seguridad jurídica, privar a los registradores de dicho control (CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 813-814). A favor del control notarial y registral de las cláusulas abusivas con distintos matices, entre otros, ARANGUREN URRIZA, F.J.: «El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores», *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Ed. Aranzadi. 2016, p. 118; BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», *RADP*, 2009, n.º 23, p. 323; BUSTO LAGO, J. M.: «Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias», *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Ed. Aranzadi. 3ª ed. 2010, pp. 1268-1269; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*, ob. cit. p. 77; DE CASTRO, F.: *Derecho Civil...*, ob. cit. p. 539; del mismo autor, *El negocio...*, ob. cit. pp. 475-476; Díez GARCÍA, H.: «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario» en *Vivienda e hipoteca*. Coord. DOMINGUEZ LUELMO, A. Ed Tecnos y APDC. Madrid. 2018, pp. 335-448; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: «Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad», *Estudios de derecho de obligaciones*, cit., vol. 1. Ed: Wolters Kluwer. Madrid, 2006, p. 736; GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción» en *VVAA La contratación bancaria*. Ed. Dykinson. Madrid. 2007, pp. 266-268; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario a los arts. 80-91 del TR de la LGDCU», ob. cit. pp. 1092 -1099; LONGAS PASTOR, B.: «Control registral de las cláusulas abusivas» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp.201-223; LONGO MARTÍNEZ, A.A.: «El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día» *Revista La Notaria* núm. 1/2014, enero 2014. Ed. Colegi de Notaris de Catalunya, pp. 76 y ss.; MIQUEL, J. M.: «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril 2010, n.º 30; del mismo autor «Disposición Adicional 1ª, apartado 3: art. 10 bis LGDCU», en *Comentarios...* ob. cit. p. 906; MIRA CANTÓ, A.L.: «Control notarial de cláusulas abusivas» en *Jurisprudencia sobre hipotecas...*, ob. cit. pp. 189-200; MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas...*, ob. cit. p. 185; MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección...*, ob. cit. pp. 152-163; REMESEIRO REGUERO, R.: «La función notarial de control de legalidad. Estado de la cuestión en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas» en *AFDUC* 22 (marzo) [pp. 274-297]. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G.: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario» en *RCDI* n.º 705, enero - febrero 2008, pp. 409-410; TENA ARREGUI, R.: «La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial», *RJN*, n.º XII, extraordinario 2012, pp. 229-249.

1909En el mismo sentido STJUE de 7/9/2004 (Gran Sala Asunto C-127/02) [65].

1910RDGRN 13/9/2013 («BOE» de 14/10/2013). Como sigue señalando esta resolución, la nulidad de las cláusulas abusivas prevista en el art. 83 RD-L 1/2007 es una nulidad que declara directamente la

buscados por la Directiva 93/13 -que cese el uso de cláusulas abusivas- todas las autoridades de los Estados Miembros deben colaborar por lo que no solo corresponde al Poder Judicial combatir de oficio las cláusulas abusivas, sino también a cualesquiera autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, entre ellos los notarios y los registradores. Dicha facultad debe desarrollarse en dos fases: la de asesoramiento o información y la de autorización e inscripción: A la primera fase, la de asesoramiento o información, hacen referencia, en lo relativo al registrador, el art. 222.7 LH y, en lo relativo al notario, diversos artículos de la legislación notarial que imponen a este el deber de informar y asesorar a las partes (así, arts. 1 y 147 RN y el art 15 de la LRCCI), deber de información que pretende «evitar el error, la ignorancia o la impremeditación»¹⁹¹¹ y que debe alcanzar a la necesidad de advertir al consumidor de la posible abusividad de alguna de las cláusulas¹⁹¹². A la segunda fase, la de autorización e inscripción, hacen referencia los arts. 129.2. f y 258.2 LH, el art. 84 TRLGDCU y el art. 18. 1º Ley 2/2009 de 31 de marzo, sobre consumidores de préstamos y créditos hipotecarios.

Sin duda, existen diferencias entre ambos fedatarios en dicho control de la abusividad derivadas de que el notario no puede autorizar parcialmente una escritura, excluyendo las cláusulas abusivas, y, por el contrario, el registrador sí puede inscribir parcialmente un título con exclusión de dichas cláusulas¹⁹¹³; derivadas de la menor presión que sufren los registradores en su función calificadora¹⁹¹⁴, y derivadas de que el control registral no es, a diferencia del control notarial, propiamente preventivo¹⁹¹⁵, pero son más los aspectos comunes a dicha función calificadora que las diferencias que las separan por lo que puede realizarse un análisis común del doble control de legalidad notarial y registral de las cláusulas predispuestas que realizan en España los fedatarios

Ley, y el mandato legal de «*tenerlas por no puestas*» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, sobre todo cuando se trata de algunas de las cláusulas incluida en la «*lista negra*», al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados.

1911CAVALLÉ CRUZ, A.: «Función notarial y protección del consumidor», *Revista del OCCA*, nº 1, 2014, p. 5.; DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. p. 348.

1912Así, GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario a los arts. 80-91 del TRLGDCU», ob. cit. p. 1089; SOLE RESINA, J.: «D.A. 1ª Dos» en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la Contratación*. Ed. Tecnos. Madrid. 1999 p. 279. Más ampliamente sobre la función asesora del notario DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 336-350.

1913ARANGUREN URRIZA, F.J.: «Habilitación legal...», ob. cit., p. 130. Vid. sin embargo matizada-mente sobre la posible denegación parcial de la escritura notarial DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 427-448.

1914En efecto, es indudable que existen presiones por parte de las entidades financieras para que se inserten en las escrituras públicas cláusulas que favorecen sus intereses en perjuicio del consumidor «*de manera que, si un Notario no quiere autorizarlas, ya buscarán a otro con menos escrúpulos que lo haga*» (MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección...*, ob. cit. p. 153 n. 215; más ampliamente sobre la posible sospecha de parcialidad con la que los notarios ejercen dicho control de legalidad en DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 442-443). Dicha presión no existe con relación a los registradores porque su competencia no depende de la elección de las partes, sino del lugar donde radique el inmueble, mientras que, con relación al notario, si bien en teoría corresponde elegirlo al consumidor en la práctica (y aunque ello esté prohibido por el art. 89.8 RDL 1/2007) es el predisponente el que impone al notario de su confianza.

1915TENA ARREGUI destaca como entre el control de legalidad notarial y registral existen tres diferencias que hacen imprescindible aquel: primera, que el tráfico inmobiliario es sólo una parte limitada del tráfico jurídico en interviene el notario; segundo, que los registradores limitan su calificación al documento y al contenido del registro, pero queda fuera de ella la identificación y capacidad de las partes así como los negocios fraudulentos, y tercero, que el control registral no es preventivo pues se presta cuando el negocio ya se ha consumado y, por tanto, dicho control presenta dudas sobre su eficiencia económica porque «*señalar defectos a un negocio ya consumado, cuando ningún interesado lo ha solicitado, más que prevenir fomenta la litigiosidad, las conductas estratégicas y el riesgo moral*» (en TENA ARREGUI, R.: «La doble vertiente...», ob. cit. p. 241).

públicos extrajudiciales de modo que las alusiones que se realicen al notario pueden aplicarse, con las modificaciones lógicas derivadas de su distinta función, al registrador. A ese análisis dedicaré las próximas líneas:

El control de legalidad, ha destacado RODRIGUEZ ADRADOS, constituye junto a la dación de fe las dos funciones públicas esenciales del notario¹⁹¹⁶. Aunque dicho control de legalidad ha sido sometido a crítica por un sector minoritario de la doctrina¹⁹¹⁷ y fue enturbiado por la STS (Sala 3ª) de 20-5-2008¹⁹¹⁸ que declaró parcialmente nulo el artículo 145 RN¹⁹¹⁹, es, sin duda, una característica del notariado latino (principio 5 de la UINL en su versión de 8.11.2005) y ha sido reconocido por nuestro texto ordinamental legal (entre otros, art. 1 LN; art. 17 bis 2.a LN; art. 24 pfo. 2 LN; art. 145.1 RN en la parte no anulada por la STS de 20-5-2008 etc.), por nuestro texto ordinamental judicial (STC 207/1999, de 11 de noviembre, FJ 8º y STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 10) y, por tanto, recogiendo expresiones de la TCD, por nuestro sistema normativo. Y hasta tal punto es esencial y beneficioso dicho control de legalidad notarial, y tan perniciosa su desaparición, que comparto con TENA ARREGUI la afirmación de que «*si no hay control de legalidad, mejor que no haya Notariado*»¹⁹²⁰.

Dicha función de control de legalidad notarial se manifiesta, entre otros ámbitos, en las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (art. 84 RDL 1/2007) donde, al menos en teoría si bien con limitada eficacia práctica¹⁹²¹, es indudable que se impone al notario diversos controles:

I) Control de transparencia formal (art. 23.2 LCGC¹⁹²²). No es ninguna novedad,

1916 RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El principio de legalidad», *El Notario del Siglo XXI* - Nº 15 sept-oct 2007. Evidentemente, junto a esas dos funciones esenciales coexisten otras (asesoramiento, legalización, legitimación, expedición de copias y testimonios de los documentos públicos, configuración jurídica del negocio etc.), pero las dos funciones que mejor definen la esencia del notariado latino son la función de dación de fe y de control de legalidad.

1917 Así, p. ej., para GARCÍA-ESCÁRZAGA solo ostenta dicho control de legalidad el juez en el ámbito contencioso y el registrador en el ámbito preventivo del Derecho inmobiliario (art. 18 LH), pero no el notario quien no ostenta una función de control de legalidad sino un «*juicio u opinión de legalidad*» (en GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad*. Ed: CORPME. Madrid. 2007, pp. 295-299 con cita en defensa de su tesis -últ. ob. cit. p. 297 n. 9- de GARCIA GARCIA, J.M.: «La especificidad de la función del Registrador de la Propiedad como distinta de la del Notario» *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 63, sept. 2000, [p. 1901-1930] pp. 1908 y ss).

1918 Sobre la confusión que introdujo dicha sentencia vid. ampliamente DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 393-399.

1919 El art. 145 RN (en redacción dada por RD 45/2007, de 19 de enero) señalaba que «*el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1: La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos [...]*». Ese aspecto del precepto fue declarado nulo por la STS (Sala 3ª) de 20-05-2008 pero no porque el TS negase la función de control de legalidad del notario, sino porque anular al juicio de legalidad desfavorable del notario, con la amplitud que lo hacía el precepto recurrido, la denegación de la intervención de dicho fedatario hubiera exigido una norma con rango de ley y no un mero reglamento.

1920 TENA ARREGUI, R.: «La doble vertiente...», ob. cit. p. 240. Sobre los efectos beneficiosos de dicho control de legalidad y las consecuencias perniciosas de su desaparición vid. resumidamente REME-SEIRO REGUERO, R.: «La función notarial...», ob. cit. p. 276.

1921 Hay que reconocer que, a pesar de la imposición teórica de dichos deberes al fedatario, la efectividad de dicho control de transparencia (formal y material) ha sido muy limitada en la práctica en la que la intervención notarial advirtiendo, informando o asesorando al consumidor se ha mostrado absolutamente irrelevante (en DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. p. 357). Vid. ampliamente sobre las causas de la irrelevancia de la intervención notarial en ibíd. pp. 357-362.

1922 Sobre dicho control de inclusión vid. ampliamente GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las*

como destaca CAMARA, que el notario debe velar -ex art 23 LCGC- porque se cumplan, en los documentos que autoricen, los requisitos de incorporación (control de transparencia formal) de los arts 5 y 7 LCGC¹⁹²³. En virtud de dicho control de incorporación o inclusión «*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*» de modo que «*las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*» (art. 5.5 *if* LCGC) no quedando incorporadas al contrato las condiciones generales «*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*» (art. 7.b. LCGC). En todo caso, mientras un sector doctrinal considera que el notario puede negarse a autorizar un documento que no supere dicho control de transparencia formal¹⁹²⁴, otros, por el contrario, entienden que el control notarial del cumplimiento de los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC se limita a una mera comprobación porque nada se dice en la Ley sobre que el notario pueda denegar su intervención si no se atienden los requisitos de incorporación¹⁹²⁵.

II) Control de transparencia material. Aunque su admisibilidad pueda resultar problemática, porque el juicio de la transparencia material exige una ponderación circunstanciada que escapa del ámbito de la competencia del notario¹⁹²⁶, el fedatario también debe velar porque el consumidor tenga un conocimiento real de las cargas jurídicas y económicas que le suponen las cláusulas del contrato que va a firmar (control de transparencia material). Como ha destacado ARANGUREN el notario debe «*emitir un juicio sobre la comprensibilidad real de las mismas, en el sentido de que permiten al prestatario comprender las consecuencias económicas y jurídicas de la cláusula*»¹⁹²⁷. Dicho control de transparencia material se ha hecho más relevante y explícito a partir de la LRCCI¹⁹²⁸.

condiciones generales..., ob. cit. pp. 301-305; SOLÉ RESINA, J.: «Artículo 23», en *Comentarios...*, ob. cit. pp. 221-227. Vid. ampliamente sobre los problemas de dicho control de incorporación en DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 340-342.

1923CÁMARA LAPUENTE, S.: «Transparencia "material"...», ob. cit.

1924Así, GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las condiciones generales...*, ob. cit. p. 301; SOLÉ RESINA, J.: «Artículo 23», ob. cit. p. 225, si bien ambos con base en el derogado art. 145 RN.

1925DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», p. 341.

1926Ibidem p. 353.

1927ARANGUREN URRIZA, F. J.: «El notario y los controles de transparencia...», ob. cit. p. 129. Mas ampliamente sobre dicho control de transparencia material notarial en ibíd p. 135.

1928Con la información precontractual, afirma la EM de la LRCCI, se pretende «*garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material*» precisando el art. 10 LRCCI que la finalidad de esa transparencia material es que el prestatario pueda: «*comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo*». Dicha Ley, además, atribuye al notario la función de comprobar que concurren, al autorizarse la escritura, los requisitos que permitan considerar cumplido el principio de transparencia material (EM de la LRCCI). La función notarial de comprobación del deber de transparencia comienza con la recepción telemática de toda la documentación que el prestamista debió facilitar al prestatario al menos 10 días antes de la firma del contrato (art. 14.1 LRCCI) junto a la manifestación del prestatario, en la que declare que ha recibido la documentación y que se le ha explicado su contenido (art. 14.1 *if* LRCCI). El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos contemplados en el art. 14.1 (art. 15.2 LRCCI) y, si queda probado su cumplimiento, hará constar en un acta notarial anterior a la formalización del préstamo hipotecario las menciones que contiene el art. 15.2 LRCCI. Vid. amplia y críticamente sobre los precedentes legislativos de dicho art. 15 de la LRCCI DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 363-383.

III) Control de contenido o abusividad de las cláusulas. Más debatido ha sido si el notario o registrador deben realizar un control de contenido o abusividad de las cláusulas para que estas no causen, en perjuicio del consumidor y contra las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82 RDL 1/2007), pudiendo distinguirse tres fases en la jurisprudencia registral con resoluciones que han ido ampliando el control de contenido o abusividad por el fedatario y que, si bien fueron dictadas con respecto a la competencia del registrador, resultan plenamente aplicables al notario¹⁹²⁹. **En una primera etapa**, la DGRN consideró que el registrador no puede practicar un control de contenido de las cláusulas contractuales que no han sido declaradas nulas por sentencia firme [RDGRN de 24/7/2008, «BOE» 7/8/2008], correspondiendo sólo a los Tribunales pronunciarse sobre su posible carácter abusivo¹⁹³⁰. El registrador, afirmará la RDGRN de 19-4-2006: «no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad»¹⁹³¹. **En una segunda etapa**, que se inicia en 2010¹⁹³², se sostendrá que los fedatarios públicos extrajudiciales podrán apreciar la abusividad de una cláusula, y denegar el otorgamiento (en el caso de los notarios) o la inscripción (en el caso de los registradores) además de cuando haya sido previamente declarada judicialmente, cuando dicha abusividad pudiese ser apreciada por el fedatario sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto (es decir, cuando la abusividad sea clara¹⁹³³) que serán en esencia, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados, cuando se trate de algunas de las cláusulas incluidas en la «lista negra» de los arts. 85-90 RDL 1/2007. Por tanto, el notario y el registrador no podrían apreciar la abusividad ni cuando se tratase de cláusulas grises que requieren la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados ni en base al desequilibrio de las prestaciones o a la buena o mala fe del predisponente (art.82.1 RDL 1/2007) no sólo porque, en este último caso, este modo de proceder supondría una invasión en la tutela judicial de los derechos¹⁹³⁴, y no solo porque se estaría resolviendo sobre cláusulas discutibles sin la existencia de un proceso contradictorio, sino también, añadimos, porque dicha buena o mala fe, según reiterada jurisprudencia registral,

1929Sobre las etapas por las que ha atravesado la DGRN vid. más ampliamente con cita de numerosa jurisprudencia registral REMESEIRO REGUERO, R.: «La función notarial...», ob. cit. pp. 283-291. Por otro lado, admite, como regla general, la aplicación de la doctrina de la DGRN al notario DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. p. 389-390, si bien no olvida dicha autora que la extrapolación absoluta presenta dificultades derivadas de la confusa concepción sobre el control de legalidad notarial contenida en las SsTS (Sala 3ª) de 20-5-2008 y de 7-3-2016 (ibid. p. 393).

1930Entre muchas otras, RDGRN 1/02/2008 (BOE de 25/2/2008); RDGRN 8/2/2008 (BOE de 26/2/2008); RDGRN 16/5/2008 (BOE de 9/6/2008) y RDGRN 20/5/2008 (BOE de 7/6/2008).

1931RDGRN de 19-4-2006 («BOE» de 30-5-2006).

1932Dicha segunda etapa se inicia con la RDGRN de 1/10/2010 (BOE 8/11/2010) y continúa con las RDGRN 4-11-2010 (BOE 30-12-2010); RDGRN 21-12-2010 (BOE 14-2-2011); RDGRN 11-1-2011 (BOE 14-2-2011); RDGRN de 16-8-2011 (BOE 14-10-2011) etc. Dicho cambio doctrinal ha sido apoyado por un sector doctrinal (así, MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección...*, ob. cit. p. 161.) y criticado por otro (así, CARRASCO PERERA, A.F.: «Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010», *CCJC*, 2011, nº 86, p. 1198 quien sostiene que la propuesta de la DGRN «es de improbable aplicación práctica, y puede hacer retroceder el sistema de calificación registral al estado de arbitrio feudal y caos que campeaba con anterioridad a la doctrina del trienio», esto es, la que tenía el Centro Directivo entre 2007 (diciembre) a 2010 (septiembre), porque, en la mayoría de las ocasiones, la abusividad de una cláusula no resulta, como se desprende de la simple lectura de las sentencias del TS, tan clara.

1933CARRASCO PERERA, A.F.: «Resolución...» ob. cit. p. 1197 denomina a esta nueva doctrina la «doctrina de la nulidad in claris». Puede verse también un comentario a la RDGRN 1-10-2010 en DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 384-386.

1934MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección...*, ob. cit. p. 161.

son circunstancias no apreciables por el registrador ni en vía de recurso gubernativo¹⁹³⁵ dado que su existencia, o no, es una cuestión de hecho, de libre apreciación por el juzgador de instancia¹⁹³⁶. Por último, **la tercera etapa** que se mantiene hasta el momento se inicia con las RDGRN de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 en las que se amplía el control de abusividad del fedatario público¹⁹³⁷. Expresión de ello es p. ej. la RDGRN de 19-10-2016 que sostiene que el registrador podrá rechazar la inscripción de cláusulas abusivas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que esta resolución conste inscrita en el RCGC¹⁹³⁸ si bien -a falta de tal inscripción- es preciso que la sentencia proceda del TS (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala) o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores¹⁹³⁹ y b) cuando la abusividad de la cláusula pueda apreciarse por el registrador de forma directa y objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la «lista negra» de los arts 85 a 90 TRLGDCU o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia. No obstante, la cuestión no es tan sencilla porque dentro de la lista negra de los arts 85-90 RDL 1/2007 existen cláusulas grises que exigen la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, (como el art. 87.6 que habla de «obstáculos onerosos o desproporcionados» o de «plazos de duración excesiva»)¹⁹⁴⁰ por lo que tanto en dichas cláusulas grises como cuando sea necesario la apreciación de criterios como la buena fe o el desequilibrio entre las contraprestaciones a que alude el art. 82.1 RDL 1/200 no puede pretenderse que ni el notario ni el registrador

1935Entre otras, RDGRN 18-11-2005 (BOE 10/1/2006,); RDGRN 27-2-2006 (BOE 10/4/2006); RDGRN. 25-11-2006 (BOE 21/12/2006,); RDGRN 19-4-2010 (BOE 7/6/2010).

1936Así, entre otras muchas, STS 5-7-85 (TOL1.737.189) y las allí citadas; STS 22/09/1984 (TOL1.738.065) y las allí citadas; STS 23/06/1998 (TOL14.794). No obstante, matizando la tesis expuesta de que el registrador no puede apreciar conceptos tales como la «buena fe» o el «desequilibrio de prestaciones» considera la registradora LONGAS PASTOR que el registrador denegará la inscripción de cláusulas abusivas comprendiendo dentro de las mismas las declaradas como tales por sentencia, las incluidas en la «lista negra» y las que no cumplan los requisitos contemplados en el art. 82 TRLGDCU de manera que produzca, en perjuicio del consumidor y en contra de la buena fe, un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, siempre que esta circunstancia pueda apreciarse objetivamente (en LONGAS PASTOR, B.: «Control registral de las cláusulas abusivas», ob. cit. pp. 219-220).

1937Dichas resoluciones tienen sus antecedentes en diversas RrDGRN (de 5.2.2014 y de 3.10.2014) que ya habían ampliado, aún más, el ámbito de calificación del registrador (vid. con más detalle, en DIEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 386-387).

1938Con anterioridad a dichas resoluciones se había defendido por la doctrina que si no existiera sentencia inscrita en el RCGC el notario debería limitarse a hacer las oportunas advertencias sobre la posible abusividad, porque una negativa total a autorizar el negocio, aparte de vulnerar los principios de tutela judicial efectiva y de contradicción que requieren intervención judicial, conduciría a resultados contrarios a los deseados y previstos por el legislador puesto que redundaría en perjuicio del propio consumidor que se encontraría privado de obtener la formalización pública de su compraventa, cuando a lo peor ya ha pagado una buena parte del precio, y vería bloqueado su acceso a un préstamo con garantía hipotecaria (SOLE RESINA, J.: «D.A. 1ª Dos» en *Comentarios...*, ob. cit., p. 280 y autores allí citados).

1939No obstante, destaca MIRA CANTO que aun cuando exista sentencia firme sería preciso diferenciar según dicha resolución establezca unos «parámetros de abusividad» plenamente objetivos, de forma que el control se limite a la simple inclusión automática del supuesto de hecho en dichos parámetros (en cuyo caso la sentencia vinculará a notarios y registradores) o, por contra, la sentencia establezca unos parámetros de abusividad modalizables por la concurrencia de distintas circunstancias, en cuyo caso no cabe dicho control de abusividad por notarios o registradores porque la concurrencia de circunstancias determinadas en el negocio requerirá la aplicación del principio de contradicción y la intervención de la autoridad judicial (MIRA CANTO, A.L.: «Control notarial de cláusulas abusivas», ob. cit. p. 198.)

1940La distinción entre listas -o cláusulas- negras y listas -o cláusulas- grises puede atender a diversos criterios. El primero de ellos atiende a si son siempre abusivas, en cualquier circunstancia (lista negra) o si solo lo son presumiblemente (lista gris); el segundo de ellos atiende a si las cláusulas pueden ser aplicadas automáticamente (lista negra) o si necesitan de juicio de valor (lista gris). Es a esta segunda acepción a la que hacemos referencia en este momento.

rechacen por abusiva una determinada cláusula¹⁹⁴¹.

En todo caso, y para finalizar este apartado, considero que cualquiera que sea la solución que se de al ámbito calificador del fedatario extrajudicial con relación a la abusividad de las cláusulas, si el consumidor, una vez advertido de dicha posible abusividad, presta su aquiescencia a la misma el documento deberá, aplicando la doctrina del TJUE sobre control judicial de oficio, otorgarse e inscribirse¹⁹⁴². Dicho consentimiento del consumidor favorable al otorgamiento de la escritura prestado cuando el notario ya le ha advertido expresamente de la posible abusividad de la cláusula equivale a una renuncia a la acción judicial porque, como aduce DIEZ GARCIA en defensa de esta tesis, en tales casos el consumidor, que reiteramos ya fue advertido por el fedatario de las tachas de ilegalidad, debe responder de su falta de diligencia, atención o conocimiento de modo que cualquier acción impugnatoria que ejercitase sería contraria a la buena fe¹⁹⁴³. Así todo, como dijimos, dicha posibilidad de aquiescencia supone una derogación del carácter indisponible que la teoría clásica de las nulidades atribuye a la nulidad que conlleva la abusividad [máxime cuando se trata de normas de orden público, STJUE 6/10/2009, Sala 1ª aptdo 52] y una quiebra del carácter bipartito de las nulidades.

5.1.4 Elementos reales: las cláusulas abusivas.

5.1.4.1 El concepto de cláusula.

El término «cláusula» puede entenderse, en dos sentidos. En sentido formal, cláusula es cada uno de los párrafos o apartados en los que se divide el texto del contrato. En sentido material, por contra, es cada una de las «reglas de conducta»¹⁹⁴⁴, cada uno de los «preceptos negociales autónomos»¹⁹⁴⁵, cada uno de los contenidos de regulación de un contrato¹⁹⁴⁶. Pues bien, como señala ALFARO, es obvio que el concepto de cláusula que debe utilizarse para fijar el ámbito de la nulidad es el de cláusula en su acepción material como se deriva del hecho de que la lista de cláusulas abusivas recoge contenidos de regulación que se consideran prohibidos¹⁹⁴⁷.

1941LONGO MARTÍNEZ, A.A.: «El control notarial...», ob. cit. p. 78; MIRA CANTÓ, A.L.: «Control notarial de cláusulas abusivas», ob. cit. p. 198. Como señala GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ: «el notario no puede apreciar como un juez la cláusula de buena fe a efectos de establecer la declaración de nulidad de una condición general que la quebrante. No es materia que le corresponde» (en GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las condiciones generales...*, ob. cit. p. 307).

1942Así entiende STJUE de 4/6/2009 [35] que cuando el Juez aprecie abusiva una cláusula «se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». En el mismo sentido, STJUE de 21/2/2013 que señala que si el juez considera abusiva una cláusula se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula.

1943DÍEZ GARCÍA, H.: «Control notarial...», ob. cit. pp. 444. No obstante, destaca dicha autora, también hay argumentos en favor de la tesis contraria (i.e., que a pesar de que el consumidor consienta pese a la advertencia del notario sobre la probable abusividad de una cláusula ello no implica renuncia a la acción judicial) no solo porque cabría interpretar que el consentimiento del consumidor se limita al objeto principal del contrato y sus condiciones esenciales pero no a todas y cada una de las cláusulas, sino también por un argumento práctico ya que en el momento otorgarse la escritura ya es muy difícil que un consumidor se eche atrás porque una cláusula no esencial sea, a lo mejor, abusiva (ibid. pp. 444-446).

1944DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*I. ob. cit. pp. 354-358.

1945PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Ed: Tecnos. 1975, pp. 160-161.

1946ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 346.

1947ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 346. *Vide* más ampliamente las reglas que propone para identificar una cláusula en sentido material en pp. 349 y ss. En sentido similar y con numerosos ejemplos, PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuesta. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1999, pp. 632-

5.1.4.2 El concepto de abusividad

Señala el art. 82.1 RDL 1/2007 que son cláusulas abusivas «*aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» teniendo, en todo caso, carácter abusivo las cláusulas enumeradas en los arts 85 a 90 de dicho RDL¹⁹⁴⁸. De dicho art. 82.1 cabe concluir que los elementos constitutivos del supuesto de hecho de una cláusula abusiva son dos conceptos tan genéricos e indeterminados como la «*buena fe*» y «*el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes*». Con esta fórmula tan abierta se pretende dar cabida en el supuesto de hecho de la abusividad, como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «*a una multiplicidad y compleja fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se irán precisando a través de la práctica judicial*»¹⁹⁴⁹.

5.2 Los supuestos típicos de invalidez consumerista

La necesariamente breve introducción realizada sobre los elementos personales y reales del negocio jurídico inmobiliario sujeto a la legislación tuitiva de consumo nos permite, ahora, abordar la problemática específica de la invalidez de dicho negocio. En el ámbito del derecho de consumo existen numerosos supuestos de ineficacia: unos de ellos son supuestos de lo que la doctrina llamaría de ineficacia *stricto sensu* (desistimiento unilateral del consumidor y resolución del contrato por el consumidor por incumplimiento del deber de información) y otros de invalidez: la nulidad de las cláusulas abusivas y la anulabilidad por defecto de forma y por vicios del consentimiento. En este trabajo nos vamos a limitar a los supuestos de invalidez.

La invalidez de las condiciones generales en nuestro Derecho tiene distinta regulación diversa según se trate de contratos entre empresarios o contratos entre empresarios y consumidores¹⁹⁵⁰. Esta dualidad se manifiesta en que los contratos entre empresarios se regirán por la LCGC, mientras que los contratos entre empresarios y consumidores se regirán por el TRLGDCU. Y, centrándonos en estos últimos, es preciso distinguir claramente dos problemas: el problema del tipo de invalidez de la cláusula abusiva¹⁹⁵¹. y el problema del tipo de invalidez de todo el contrato cuando este no pueda subsistir sin la cláusula nula. Y ello porque, si bien es cierto que la ley (art. 83 RDL 1/2007) prevé la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva -y, aun así, como veremos, no han faltado autores que consideran que se trata de un supuesto de anulabilidad-, no prevé *expressis verbis* la forma de ineficacia que tiene lugar cuando todo el contrato es ineficaz por no poder subsistir sin la cláusula nula.

5.2.1 La ineficacia de la cláusula abusiva.

5.2.1.1 El tipo de invalidez.

640 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Los contratos de adhesión» en *Tratado de contratos*. Vol. 2. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 1886-1888.

1948 Véase ampliamente sobre este concepto PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Tratado...*, ob. cit. pp. 1841 y ss.

1949 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Tratado...*, ob. cit. pp. 1841-1842.

1950 Destaca dicha dualidad regulatoria MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: «La nulidad...» cit.

1951 En Derecho comparado europeo no es unánime sobre la forma de invalidez porque ciertos ordenamientos aceptan la nulidad (España y Portugal, Italia) otros la ineficacia (306 BGB, Francia). Vide sobre esta cuestión BLANDINO GARRIDO M.A.: «La ineficacia...», ob. cit. pp. 243-244.

Como destaca PASQUAU, mientras los arts 9 y 10 LCGC protegen al adherente, sea o no consumidor, el ant. art. 10 bis 2 LGDCU (y, actualmente, el TRLGDCU) protege al consumidor sea o no adherente, duplicidad normativa que «*presenta cierta complejidad, porque su intersección o ámbito común de aplicación (adherente consumidor) es el supuesto más importante en la práctica*»¹⁹⁵². En todo caso, como señala la EM de la LCGC el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores¹⁹⁵³ existiendo dos teorías sobre la forma de invalidez de la cláusula abusiva: una -la de la nulidad de pleno derecho- abrumadoramente mayoritaria, y otra -la de la anulabilidad- abrumadoramente minoritaria.

1) Teoría casi unánime de la nulidad parcial de pleno derecho. La doctrina casi unánime señala que se trata de una nulidad parcial de pleno derecho entre otras razones porque la LCGC y el TRLGDCU resultan categóricas, en cuanto disponen que las cláusulas abusivas «*serán nulas*» (art. 8.2 LCGC) o «*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*» (art. 83.1 TRLGDCU, ant. art. 10.bis.2 LGDCU de 1984) y que la impugnación podrá ser instada de acuerdo con las reglas generales de la «*nulidad contractual*» (art. 9-1 LGCG)¹⁹⁵⁴. Junto a dichos argumentos destaca PAGADOR LOPEZ que la sanción de la nulidad absoluta se ajusta mejor a la invalidez de la cláusula predispuesta porque la normativa sobre condiciones generales y cláusulas predispuestas no ampara exclusivamente el interés particular de cada concreto adherente, sino, también el interés general a que el tráfico jurídico quede depurado de cláusulas predispuestas inadmisibles¹⁹⁵⁵. Pero esta afirmación realizada sin los correspondientes matices quiebra por varios motivos:

A) La restricción de la legitimación activa. Si atendemos a la teoría bipartita de las nulidades, la calificación de nulidad de pleno derecho debería conllevar la aplicación en bloque e inexorable de las características de dicha forma de invalidez y, entre ellas, de la legitimación absoluta de cualquier interesado, pero en materia de cláusulas abusivas y condiciones generales quiebra dicha concepción dual porque la ley reserva, como consecuencia de ser manifestación de una norma de orden público de protección de la parte más débil, la legitimación para instar la nulidad de pleno derecho sólo a una de las partes: al adherente. Esta quiebra de la aplicación de los caracteres de la nulidad clásica, y en el fondo de la tesis bipartita, ha llevado a

1952 PASQUAU LIAÑO. M.: «Artículos 9 y 10...», ob. cit. p. 276.

1953 Como aclara la EM de la LCGC: «*Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores... Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual*».

1954 Así, la califican como nulidad de pleno derecho ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. pp. 50 y 60; GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...», ob. cit. p. 1151; en el mismo sentido, de la misma autora, *Comentario del Texto...*, ob. cit. p. 1160; MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas...*, ob. cit. p. 179; PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones...*, ob. cit. pp. 615-617; PASQUAU LIAÑO. M.: «Comentario...», ob. cit. p. 278 [si bien este autor considera que es una nulidad relativa -porque la legitimación se limita al adherente- de pleno derecho; una nulidad «pro parte»]; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Nulidad de las cláusulas...», ob. cit. p. 754. En la jurisprudencia aceptan dicha calificación de nulidad de pleno derecho, entre muchas otras, la SAP Baleares -Secc. 3ª- de 14/10/2005 (TOL757.376); SAP Baleares -Secc. 3ª- de 13/04/2005 (TOL622.469); SAP Alicante -Secc. 9ª- de 30/03/2007 (TOL1.281.974).

1955 PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones...*, ob. cit. p. 617.

CLAVERIA GOZALVEZ a afirmar, con razón, que se trata de una invalidez intermedia entre la nulidad y la anulabilidad con rasgos de una y otra¹⁹⁵⁶.

B) La disponibilidad y renunciabilidad de la forma de invalidez. Supone una quiebra más, a nuestro entender, de la teoría bipartita de las nulidades. Entiende la STJUE de 21/2/2013 [35] que si el juez considera abusiva una cláusula «*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula*»¹⁹⁵⁷. Y ello porque, como señala la doctrina, la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad¹⁹⁵⁸; se trata, destaca GONZALEZ PACANOWSKA, de una nulidad disponible para el consumidor perjudicado, pero imperativa para el predisponente, ya que las normas de cuya contravención se trata forman parte del llamado «orden público de protección» del consumidor¹⁹⁵⁹. Pero aceptar dicha posibilidad de aquiescencia supone aceptar una convalidación del negocio nulo que queda en manos del consumidor, una derogación del carácter indisponible que la teoría dual de las nulidades atribuye a la nulidad y una quiebra, otra más, del carácter bipartito de las nulidades. Todo ello lleva a que ni siquiera se trata de una invalidez de pleno derecho (aunque así lo afirme la ley), al menos si se entiende este término como expresión de que es obra de la ley, que es automática, ya que carece de automaticidad en cuanto que depende de que el consumidor, aunque se aprecie de oficio, prefiera no optar por validar la cláusula abusiva «*manifestando que es contrario a que se excluya*». Por ello, en el fondo esta invalidez no es obra de la ley sino obra del consumidor que puede disponer de su propio interés.

C) La renunciabilidad de la nulidad de pleno derecho en el ámbito del derecho de consumo. Como vimos, el TJUE ha afirmado en reiteradas ocasiones el carácter

1956CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.: «Notas críticas al libro de Javier Pagador López: Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *ADC* 2000-3, p. 1052. No obstante, no faltan autores (BLANDINO GARRIDO M.A. «La ineficacia...», ob. cit. p. 251) que no creen necesario crear figuras híbridas (porque, dicen, ello generaría el problema de determinar su régimen jurídico) y prefieren decir -en posición, a mi entender, poco conveniente ya que, en el fondo, llegan a la misma conclusión: que es una nulidad atípica- que se trata de una nulidad *stricto sensu* que se separa del régimen tradicional de la nulidad en cuanto a la legitimación activa por ser una nulidad establecida por el legislador en favor de una parte frente a la otra lo que influye decisivamente en el régimen aplicable a esta nulidad (ibíd. pp. 251-253) en la que el predisponente carece de un interés legítimo, es decir acorde con la finalidad de protección de la norma, para hacer valer la nulidad de las cláusulas abusivas (ibíd. p. 260) si bien asimismo afirma que «*no estamos sin embargo ante una nulidad de pleno derecho tradicional*» sino que «*ha de considerarse una nulidad de pleno derecho pro parte o lo que es lo mismo una nulidad de protección*» (ibíd. p. 248).

1957En este mismo último sentido STJUE de 4 de junio de 2009 [35] que señala que cuando el Juez aprecie abusiva una cláusula «*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*».

1958GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio...», ob. cit. p. 323. Señala, con razón, GONZALEZ PACANOWSKA, («Comentario...», ob. cit. p. 1169) que por un argumento *a maiore ad minus* el consumidor también debería poder mantener la cláusula pero reducida si lo hace tras ser informado del carácter no vinculante de una cláusula abusiva por el Juez. En contra, sin embargo, la STJUE (Sala 1ª) de 30/05/2013 señala [59 y 60] que el juez no puede reducir el importe de la cláusula penal abusiva, aunque el consumidor manifieste su voluntad en este sentido, sino que deberá limitarse a excluirla totalmente o, previa aquiescencia del consumidor, aplicarla plenamente. Esta sentencia, dice PAZOS en posición que comparto, es criticable porque conduce al resultado del consumidor que puede lo más (eliminar una cláusula contractual completa en contra de la voluntad teórica del empresario), no puede lo menos (reducir el contenido de una cláusula que por su naturaleza lo permita) [PAZOS CASTRO, R.: «El control de las cláusulas abusivas...» ob. cit. p. 10]. Y es que si, según el TJUE, la autonomía de la voluntad del consumidor debe respetarse cuando este quiere mantener la cláusula abusiva tal y como fue predispuesta, debería también respetarse si no quiere eliminarla completamente sino solo reducirla cuando la naturaleza de la cláusula permite esta posibilidad (ibíd. pp. 10-11).

1959GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...», ob. cit. p. 1152.

disponible para el consumidor de su derecho a anular una cláusula abusiva. Sobre dicha premisa, nuestra jurisprudencia ha admitido la validez del acuerdo transaccional por el que el consumidor renuncia al ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula abusiva (cláusula suelo) a cambio de una reducción de dicha cláusula¹⁹⁶⁰ porque, dice PERTIÑEZ, no existe razón para considerar nula dicha renuncia si la misma tiene su contrapartida en la reducción o eliminación de la cláusula suelo por el prestamista ya que lo que prohíbe el TRLGDCU es la renuncia «previa» de los derechos reconocidos por ley al consumidor, pero no la renuncia posterior al contrato siempre que, al tiempo de la renuncia, el consumidor conozca la existencia de la cláusula suelo y el perjuicio económico que le está causando la misma y la renuncia sea voluntaria¹⁹⁶¹. En todo caso, dicha renuncia con causa transaccional supone una nueva fractura de la tesis clásica de la nulidad por cuanto implica una derogación del carácter indisponible que la teoría bipartita de las nulidades atribuye a la nulidad de pleno derecho que conlleva la abusividad.

Y, en resumen, una nulidad sin legitimación absoluta, disponible, convalidable y renunciabile puede ser cualquier cosa menos una nulidad -parcial- absoluta, clásica de pleno derecho¹⁹⁶². Por ello, no es de extrañar que todas esas especialidades de la nulidad de las cláusulas abusivas con relación a la nulidad «clásica» haya llevado a nuestra mejor doctrina a calificar el régimen de invalidez de aquellas como de una «nulidad flexible» que hace quebrar el régimen clásico de la nulidad pleno derecho en dos de sus postulados clásicos, el de la legitimación amplia y el de la no confirmación¹⁹⁶³. Por su parte, PASQUAU LIAÑO califica, en posición que comparto, la nulidad prevista en los arts. 8 y 9 LCGC de nulidad relativa de pleno

1960Así, STS 11/4/2018 (TOL 6565628), sentencia comentada por PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 124-135. En dicha sentencia el TS distingue el supuesto que enjuicia del contemplado en la STS 16/10/2017 (TOL6.402.975), porque este último se refería a una novación modificativa en el que el objetivo del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros adquirentes de la misma promoción, y no realizar recíprocas concesiones para evitar el pleito.

1961PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 127-132. Obviamente, el concreto acuerdo transaccional podrá ser inválido si, en el caso concreto, existe vicio del consentimiento o si el acuerdo transaccional en el que se enmarca la renuncia fuera predispuerto por el empresario y existiese falta de transparencia de la renuncia (ibíd. pp. 132 y ss.).

1962**La restricción de la retroactividad.** La doctrina del TS contenida en la STS de 9/5/2013 y de 25/3/2015 sobre cláusulas suelo hizo quebrar, en un principio, el principio de retroactividad plena de la nulidad de pleno derecho que proclamaba la tesis bipartita de las nulidades al limitar la retroactividad o efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad. No obstante, y a fin de garantizar la plena indemnidad de los consumidores, la STJUE (Gran Sala), de 21/12/2016 se mostró contraria a la restricción de dicha retroactividad porque dicha restricción «sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores» por lo que dicha protección «resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula» (vid. sobre dicha STJUE GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas» *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 20/2016, pp. 37-41). Por ello, el TJUE concluye que es contrario al derecho comunitario una doctrina jurisprudencial nacional que limita los efectos restitutorios vinculados a la nulidad de las cláusulas abusivas. Dicha STJUE obligó al TS a modificar su doctrina y así la STS de 24/02/2017 (TOL5.970.011) declarará, para ajustar su jurisprudencia al TJUE, que no cabe limitar temporalmente los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ni restringir la retroactividad. Tras la STJUE de 21/12/2016 y para evitar la avalancha de demandas que se preveían, se dictó en España el RD-Ley de 20/1/2017, que preveía un mecanismo voluntario para facilitar la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por los consumidores en aplicación de determinadas cláusulas suelo. Para un análisis de dicho mecanismo extrajudicial vide LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Análisis crítico del Real Decreto- ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: mucho ruido para muy pocas nueces» en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 73-126., y en CONDE FUENTES, J., «El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo», en *RDC*, vol. IV, núm. 1, pp. 219-233.

1963PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 74-75.

derecho porque las cláusulas son nulas de pleno derecho -art. 8- pero la legitimación está limitada al adherente¹⁹⁶⁴. Además, si se entiende, como hace este autor, la convalidación como renuncia a la acción de nulidad y no como medio de hacer válido lo que antes era nulo, dicha invalidez será convalidable siempre que la renuncia a la acción de nulidad sea inequívoca, no contraria al orden público ni al interés de terceros y tenga lugar cuando el adherente pudiese ya ejercitar la acción de nulidad¹⁹⁶⁵. En resumen, todo ello evidencia a mi juicio la fractura del sistema bipartito de nulidades en el ámbito consumerista porque la invalidez de la cláusula abusiva es una nulidad relativa de pleno derecho, plural y flexible, cuyo régimen puede adaptarse -incluso por vía interpretativa- al interés protegido o finalidad perseguida por la norma de nulidad¹⁹⁶⁶, nulidad retroactiva, apreciable de oficio (como así ha reconocido el TJUE), disponible porque se permite que el adherente preste su aquiescencia a la aplicación de la cláusula nula¹⁹⁶⁷ y cuya acción de restitución prescribe¹⁹⁶⁸.

-
- 1964PASQUAU LIAÑO. M.: «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», ob. cit. pp. 278 y 282 y ss. A juicio de PASQUAU dicha invalidez será apreciable de oficio pero solo si el vicio de nulidad es patente y no precisa valoración judicial (ibíd. pp. 278 y 282 y ss.) y, por otro lado, prescribirá en el plazo previsto en el art. 1964.2 CC si el vicio de nulidad no es patente y precisa valoración judicial (ibíd. p. 288). También se manifiesta a favor de dicha nulidad relativa de pleno derecho MIQUEL, J. M. «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios...*, ob. cit. p. 475; MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas...*, ob. cit. pp. 181-182 y PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 74. Se hace eco expresamente de esta doctrina minoritaria, aunque sin tomar partido BLASCO GASCO, F.: *Eficacia...* ob. cit. p. 50 y n. 55. En todo caso, considera PASQUAU que también podrá invocar la nulidad un tercero, pero siempre que favorezca objetivamente el interés del adherente («Artículos 9 y 10...», ob. cit. p. 283).
- 1965Ibíd. p. 290-291. Vide más ampliamente sobre la posibilidad de renunciar a la facultad de anular el negocio PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. p. 122; CLAVERIA GOSALBEZ, L.H. *La confirmación...*, ob. cit. pp. 68-72; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentarios al art.6.2 Cc» en *Com. Edersa T. I, Vol. 1º*, n. 88 con amplia información doctrinal. Admite la posibilidad de renunciar a la acción para hacer valer la ineficacia (aplicado, en el caso estudiado, al art. 1378 CC) BELLO JANEIRO, D.: *La defensa...*, ob. cit. p. 48 y doctrina que cita en n. 17. Por contra, CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I.: *La renuncia a los derechos*. Ed. Bosch. Barcelona. 1986, p. 246 niega, con carácter general, la posibilidad de renunciar a ejercitar, llegado el caso, las acciones de nulidad o anulabilidad de los contratos porque, a su juicio, las normas sobre ineficacia del contrato defienden no solo el interés individual de la persona afectada por el vicio, sino, también, el interés público de que la contratación sea sana y de que, si no lo es, carezca de eficacia, y porque las acciones de ineficacia no corresponden a un derecho porque no hay uno «a impugnar el contrato», sino que son solo «acciones» que no teniendo dentro de sí poder de disposición, no pueden ser renunciadas.
- 1966PASQUAU LIAÑO. M.: «Artículos 9 y 10», ob. cit. p. 280. En cuanto a dicho interés protegido, entiende BLANDINO GARRIDO («La ineficacia...», ob. cit. p. 247) que esta invalidez ampara un interés público (la salvaguarda del mercado eliminando del tráfico las cláusulas injustas por abusivas) así como el interés particular del adherente perjudicado por el concreto contrato, mientras que según RAMÓN CHORNET las normas de consumo solo ampararían dicho interés particular no siendo normas de protección del interés general (en RAMON CHORNET, J.C.: «Las condiciones...», ob. cit. p. 2658).
- 1967En la invalidez consumerista pugnan dos tensiones antagónicas: por un lado, la imperatividad de las sanciones contractuales (derivada del carácter de orden público de protección de la legislación de consumo), y, por otro, la flexibilidad o disponibilidad solo en favor del consumidor sobre la ineficacia. Imperatividad y orden público que aproxima la sanción a la nulidad clásica; disponibilidad que la aleja de ella. Imperatividad y orden público que aleja la sanción de la anulabilidad; disponibilidad que la aproxima a ella.
- 1968Ante la ausencia de plazo especial de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas abusivas nulas se aplica el plazo general de 5 años, antes 15, del art. 1964.2 CC (PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: «Algunas cláusulas abusivas...» y GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...» ob. cit. p. 1157). No obstante serán imprescriptible tanto la acción declarativa como la excepción: la acción declarativa porque el art.19 LCGC así lo establece [precepto aplicable a los consumidores en virtud de la llamada del art. 59.3 TRLGDCU y porque no es razonable pensar que el legislador haya querido proteger más intensamente las relaciones entre profesionales-sujetas a la LCGC- que las relaciones entre empresarios y consumidores -sujetas al TRLGDCU-], y la excepción porque, como señala la STJUE -Sala 5ª- de 21/11/2002 [35], la fijación de un plazo a una excepción del consumidor atenta contra la efectividad de la protección que persigue la Directiva ya que, de fijarse, los profesionales podrían esperar al transcur-

2) Teoría de la anulabilidad. En contra de la opinión casi unánime que considera las cláusulas abusivas nulas de pleno derecho, RAMÓN CHORNET defiende que las cláusulas abusivas son meramente anulables¹⁹⁶⁹. El registrador, decía, no debería aplicar las normas tuitivas de consumo cuando dicha aplicación perjudique al consumidor y cuando el mismo consumidor pide que no se le proteja tanto¹⁹⁷⁰. Las personas tienen derecho a saber y decidir qué es lo que más les conviene por lo que si un consumidor, debidamente informado de la abusividad de una cláusula, desea contratar un préstamo hipotecario y que este se inscriba en el Registro una denegación por abusividad de la inscripción no solo le castiga a él, y no a la empresa desaprensiva, sino que además entorpece el funcionamiento del sistema económico sin ninguna contrapartida de justicia sumando al agravio que padeció el consumidor, al sufrir una cláusula abusiva, otro, al ver denegada su pretensión de inscripción¹⁹⁷¹. Por eso, considera este registrador que, al menos a efectos extrajudiciales, las cláusulas abusivas que protegen al consumidor no son automáticamente nulas, sino meramente anulables y, por tanto, inmediatamente inscribibles si el perjudicado no desea discutir, por ahora, su validez (y, sin perjuicio, de que una vez inscrita pueda impugnarla ante los Tribunales)¹⁹⁷². En definitiva, según esta tesis, el consumidor se vería perjudicado por el juego automático de la nulidad de pleno derecho (con su irrenunciabilidad etc.) y, por el contrario, quedaría más protegido a través de la anulabilidad, forma de invalidez típicamente vinculada con la protección del contratante más débil.

También parece inclinarse por la teoría de la anulabilidad CARRASCO PERERA quien, partiendo de una concepción funcional de las nulidades que distingue entre nulidad absoluta y anulabilidad¹⁹⁷³ según el interés general o privado que la regla violada salvaguarda, señala que la abusividad por razón de contenido a que se refieren los arts. 82 y 83 TRLGDCU es un supuesto de anulabilidad¹⁹⁷⁴ porque no se trata de una patología de orden público ya que se tutelan intereses privados; porque la legitimación para actuar es restringida, y porque debe existir un plazo de prescripción. Y asimismo, un argumento a favor de la tesis de la anulabilidad se contendría en la STJUE de 4/6/2009 [35] que considera que cuando el Juez aprecie abusiva una cláusula «*se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone*»¹⁹⁷⁵ de lo que parece deducirse la disponibilidad de la acción. No obstante, a mi juicio, la apreciabilidad de oficio por jueces, notarios y registradores (cada uno con diferente extensión, como vimos), la imprescriptibilidad de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales (art. 19 LCGC) así como el carácter imperativo de la legislación sobre cláusulas abusivas y los intereses de orden público que están en juego (así, STJUE 6/10/2009, Sala 1ª aptdo 52) alejan la figura de la anulabilidad (de la nulidad relativa provocada) y lo aproximan más a una nulidad relativa de pleno derecho ya examinada.

5.2.1.2 Las consecuencias de la invalidez de la cláusula abusiva si el contrato puede subsistir sin la misma

so de dicho plazo para entonces solicitar el cumplimiento de una cláusula abusiva.

1969RAMON CHORNET, J.C.: «Las condiciones...», ob. cit. p. 2660.

1970Ibíd. p. 2659.

1971Ibíd. pp. 2659-2660.

1972Ibíd. p. 2660.

1973Dicho profesor, de acuerdo con una larga tradición que ya hemos resaltado, denomina a la anulabilidad también nulidad relativa, pero como ya hemos señalado cuando dicha tradición y dicho profesor se refiere a dicho término están haciendo alusión a la invalidez relativa provocada regulada en los arts 1301-1314 CC (a la anulabilidad) y no a la nulidad relativa de pleno derecho que nosotros defendemos.

1974CARRASCO PERERA, A.: «La acción para reclamar intereses pagados...», ob. cit. p. 96.

1975En el mismo sentido STJUE de 21/2/2013.

El RDL 1/2007 anuda a las cláusulas abusivas no solo su nulidad parcial de pleno derecho, sino también la imposibilidad de integrar el contrato. Así, cabe distinguir:

A) La nulidad parcial- El efecto principal de la cláusula abusiva es la nulidad de pleno derecho y que se tenga por no puestas (art. 83.1 RDL 1/2007). La finalidad de esta nulidad parcial, basada en el principio de conservación del negocio, en la regla *utile per inutile non vitiatur* y en el principio del *favor negotii*, es lógica cuando se trata de proteger al contratante más débil y es imprescindible, señalaba DE CASTRO, para evitar el fraude masivo de las leyes ya que las ventajas establecidas imperativamente en favor de los más débiles desaparecerían si con la imposición de una cláusula ilícita la parte más fuerte pudiera reservarse la posibilidad de terminar, cuando quisiera, el contrato¹⁹⁷⁶.

La nulidad parcial *ex lege* de la cláusula abusiva es una nulidad coactiva para el predisponente, pero no para el consumidor (como vimos la jurisprudencia europea permite, a este, renunciar a la invalidez). Dicha diferencia de tratamiento tiene como inevitable consecuencia que no son válidas las llamadas cláusulas salvatorias ni el recurso a la reducción conservadora de la validez. En cuanto a las primeras, que son aquellas cláusulas predispuestas que establecen que si una cláusula es declarada nula se sustituya por la salvatoria que establece una regulación e impide la entrada del derecho dispositivo, porque serían auténticas manifestaciones de mala fe del predisponente o prácticas fraudulentas¹⁹⁷⁷, ya que las normas de nulidad parcial e integración son imperativas¹⁹⁷⁸ y porque si, como veremos, la heterointegración judicial de la cláusula abusiva nula está excluida -o al menos altamente limitada- con mayor razón la autointegración impuesta por la parte culpable de la nulidad. En cuanto a lo segundo, la STJUE de 14/06/2012 rechaza, como vemos a continuación, la reducción conservadora de la validez.

B) La no moderación de las cláusulas abusivas. Tras la reforma realizada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, se ha eliminado del art. 83 TRLGDCU la facultad judicial de modificar el contenido de las cláusulas abusivas e integrar, con arreglo al art. 1258 CC y el principio de buena fe objetiva, la parte del contrato afectada por la nulidad. Dicha reforma vino motivada por la STJUE de 14/6/2012 que consideró contrario al derecho comunitario conceder al juez nacional que declara nula una cláusula abusiva la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la misma. Y lo consideró contrario porque entendió [69] que si el juez nacional tuviera dicha facultad se pondría en peligro «*la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13* (dicho objetivo es que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores)¹⁹⁷⁹ ya que tal facultad eliminaría «*el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que,*

1976 DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. pp. 494-495. Como señala ALVAREZ LATA es palmaria la oportunidad de la nulidad parcial en el sector consumerista porque, si el interés del consumidor es la obtención del bien, la nulidad total, con la inevitable recíproca restitución de las cosas objeto del contrato, no satisface dicho interés e indirectamente hará que el consumidor -único legitimado activamente- no inste la nulidad y, por otro lado, si el fin de la nulidad es el restablecimiento de la legalidad contractual es preferible que el mismo se alcance por el medio no sólo menos invasivo sino también más respetuoso con el interés del consumidor a quien se trata de proteger y con otros principios del ordenamiento, como el de conservación del negocio (ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 60.)

1977 ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 57; GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...», ob. cit. p. 1160; PAGADOR LÓPEZ, J.: «Condiciones generales...» ob. cit. pp. 1385 y 1439.

1978 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Nulidad de las cláusulas abusivas...», ob. cit. p. 763).

1979 La Directiva 93/13 tiene como finalidad disuadir a los profesionales de usar en el futuro cláusulas abusivas (Conclusiones del abogado general Pitruzella en el asunto C-260/18, Dziubak, apdo. 53).

pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores [...] en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»¹⁹⁸⁰.

Por tanto, ahora, declarada la nulidad de la cláusula abusiva, el resto del contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83.1 RDL 1/2007 en su actual redacción). Si no puede subsistir sin dicha cláusula ya no cabe, frente a lo que sucedía en la redacción anterior a la Ley de 2014, que el juez integre, con arreglo al art. 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, la parte del contrato afectada por la nulidad ni dispondrá dicho juez de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes que les reconocía el antiguo art. 83 LGDCU modificado, en este aspecto, por la Ley de 2014. Es decir, o nulidad simple o, si no es posible, nulidad total pero nunca nulidad sustitutoria. En resumen, la STJUE 14/6/2012 declara contrario al derecho comunitario (al art. 6.1 de la Directiva 93/13) la técnica de la «reducción conservadora de validez» (es decir, la reducción de la cláusula cuantitativa hasta el punto en que ya no sería abusiva), si bien conviene resaltar que dicha técnica ya había sido criticada por la doctrina no sólo porque dicha reducción se fundaba en la voluntad presunta de las partes cuando, en este sector de derecho de consumo, la apreciación de la voluntad del consumidor es más que excepcional, sino, sobre todo, por consideraciones de política legislativa de prevención de conductas abusivas y ello porque la técnica de la reducción conservadora de la validez incentivaba al predisponente a incluir cláusulas abusivas pero reducibles en el peor de los escenarios (es decir si el consumidor informado interpone la acción de nulidad o se ejercita cualquier otra acción colectiva) con lo que el único riesgo que sufriría era ver reducida la cláusula al límite de lo legal¹⁹⁸¹. Es decir, como señaló críticamente ALFARO al exponer este argumento, si admitimos la reducción el predisponente carecerá de estímulo para redactar cláusulas legales, porque al suprimirse el riesgo de la nulidad total -y consiguiente aplicación del Derecho dispositivo- el contrato, una vez reducida la cláusula, le será tan beneficioso como el que dicho predisponente hubiera podido redactar en un principio de modo que, este, se vería animado a incluir en los contratos

1980 Como señala CARNERO SOBRADO la STJUE de 14/06/2012 rechaza la reducción conservadora de la validez de la estipulación, a fin de disuadir a los empresarios lo que supone hacer primar la función preventiva que la declaración de nulidad proyecta en el mercado e intentar potenciar por esta vía los correctos usos comerciales, y financieros (en CARNERO SOBRADO, J.I.: «La no moderación de las cláusulas abusivas a la luz de la STJUE de 14 de junio de 2012» en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona. 2014, p. 819).

1981 Así, ÁLVAREZ LATA, N.: *Invalides...*, ob. cit. p. 56 n. 61 y p. 57; CARRASCO PERERA, A., *Derecho*, cit., pp. 828 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J.: «Condiciones generales...» ob. cit., p. 1387; PERDICES HUETOS, A. B.: *Comentarios*, cit., pp. 536 y ss. En general, sobre los argumentos de la doctrina para negar la admisibilidad de la reducción conservadora de la validez en el derecho de las condiciones generales vide ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. pp. 424-436. En todo caso, la solución adoptada por la STJUE de 14/6/2012 ha sido criticada por CARRASCO PERERA que considera que la misma es correcta cuando se refiere a cláusulas cuantitativas no esenciales que pueden ser objeto de reducción parcial, (v.gr. cláusulas de intereses), cuando se trate de cláusulas que conceden al empresario un derecho potestativo de configurar el contrato a su voluntad o de cláusulas “privativas” de derechos de los consumidores. En todos estos casos, puede ser conveniente castigar mediante la eliminación «*in terrorem*» siempre que exista un Derecho dispositivo que permita continuar equitativamente el contrato, al menos de manera tan conveniente para el consumidor como la que derivaría de la eliminación de la cláusula. Pero la doctrina de la STJUE 14/6/2012 no sirve cuando la eliminación de toda la cláusula perjudica la posición del consumidor frente a otras opciones más beneficiosas, ni cuando la eliminación de la cláusula supone eliminar un elemento esencial del contrato, por lo que éste no podría subsistir (CARRASCO PERERA, A.F.: «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas o modificarlas», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 3/2012, p. 147).

cláusulas abusivas con la esperanza de hacerlas valer en su totalidad extraprocesalmente frente a clientes poco informados y con el único riesgo de verlas reducidas si se llega a la vía judicial¹⁹⁸².

No obstante, hay autores que siguen defendiendo la aplicabilidad, en caso de eliminación de la cláusula abusiva, del art. 1258 CC y del derecho dispositivo, pero en un sentido distinto a la reducción conservadora de la validez en las cláusulas cuantitativas que había realizado la jurisprudencia. Y ello porque, dice GONZALEZ PACANOWSKA, si bien el TJUE exige que el contrato se mantenga en «*los mismos términos*» (art. 6.1 de la Directiva 93/13) y «*sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas*» en realidad el art. 1258 CC no «*modifica los términos del contrato*», sino que decide el alcance de la regla contractual con el recurso a la ley, a los usos y a la buena fe¹⁹⁸³. Heterointegración legal que nada tiene que ver con la censurable autointegración que pudo prever el predisponente con cláusulas salvatorias fraudulentas ni intenta recomponer el equilibrio contractual reduciendo cuantías hasta el punto en que sean legales (que es lo que perseguía la reducción conservadora de la validez) sino que remite, a través del art. 1258 CC, a lo que resulta del ordenamiento cuando el contrato se contempla sin la cláusula que se desecha; en esencia, al derecho dispositivo que no modifica los términos acordados en el contrato (que es lo que prohíbe la directiva) sino que decide el alcance de la regla contractual con el recurso a la ley, a los usos y a la buena fe. Por tanto, para los partidarios de esta tesis, aunque el juez carece, tras la reforma del art. 83, de facultad de moderación de la cláusula, que se tiene por no puesta, al tenerse por no puesta dicha cláusula nada impide que se aplique el derecho que se aplicaría si esa cláusula jamás hubiera existido: el derecho dispositivo. A favor de esta tesis existen razones prácticas porque dado que el juez persigue la justicia del caso concreto si se le priva de toda facultad moderadora tenderá, si considera que la eliminación de la cláusula y la imposibilidad de moderarla produce resultados injustos, a mantener la validez de lo que, en otro caso, hubiera declarado abusivo¹⁹⁸⁴. Y, una vez, declarada válida procederá a moderarla por los remedios que ofrece el ordenamiento para limitar su alcance; v.gr. art. 1154 CC¹⁹⁸⁵. Esta posición ha recibido respaldo matizadamente del TJUE. Matizadamente porque dicho Tribunal sólo considera aplicable el derecho dispositivo cuando de eliminarse la cláusula abusiva no se puede salvar, de otro modo, el contrato (STJUE -Sala 4ª- de 30/4/2014 apdos 83 y 84) y siempre y cuando la nulidad total -con su obligación de restituirse las partes inmediatamente las cosas objeto del

1982ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. pp. 430 y 431. Como decimos este autor critica dicho argumento porque entiende que confunde efecto preventivo y eficacia de la norma imperativa; porque el argumento de la función preventiva de la legislación imperativa impediría la utilización de la reducción no sólo en condiciones generales, sino en cualquier contrato, y porque atribuir una función preventiva a la legislación de condiciones generales llevaría a permitir la reducción si el predisponente actúa de buena fe porque, con relación a dicho predisponente, no tiene sentido el efecto «*amedrentador*». Por eso, ALFARO considera admisible supuestos de reducción conservadora de la validez -nulidad parcial reductiva- en el derecho contractual general pero estima, en consonancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, inadmisibles la reducción conservadora de la validez en el ámbito del Derecho de las condiciones generales de acuerdo con la concepción declarativa de las condiciones generales que dicho autor sostiene (ibíd. pp. 406 y ss, 423 y ss., especialmente pp. 435 y 436).

1983GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...», ob. cit. pp. 1163-1164.

1984Ibíd. p. 1168; en parecido sentido señala CARRASCO PERERA, Á. F.: «Las cláusulas abusivas se eliminan...», ob. cit. p. 147 que: «*más de un juez, que antes moderaba la tasa por costumbre, se verá impelido a, por no caer en una “barra libre de la morosidad”, dar por buenos intereses moratorios que ayer mismo condenaba de abusivos*».

1985GONZALEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario...», ob. cit. p. 1168; Cfr. PLANA ARALDOS, M.^a C.: «Sentencia de 11 de marzo de 2014. Facultades de moderación de los tribunales de la pena convencional por desistimiento unilateral en un contrato de mantenimiento de servicio de ascensores», *CCJC*, nº 96, 2014, p. 536.

contrato- no suponga una penalización o consecuencias negativas para el consumidor (STJUE de 21/1/2015, aptdos 33 y 34). Y es que pensemos que, si no se aplicara dicho matiz, declarado nulo un préstamo el consumidor se vería obligado a restituir inmediatamente al prestamista todo el capital pendiente de devolución en una cuantía que puede exceder su capacidad económica penalizando, de este modo, mas a este que al prestamista quien no se vería disuadido de insertar cláusulas abusivas en los contratos que ofrezca¹⁹⁸⁶.

5.2.1.3 La ineficacia de todo el contrato cuando este no puede subsistir sin la cláusula nula

El antiguo art. 10.4 LGDCU 26/84 tras declarar la nulidad de pleno derecho de las «cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos» se limitaba a decir que «cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo» pero sin especificar qué tipo de ineficacia era aplicable a dicho supuesto de ineficacia total. Así pasó, con escasas modificaciones, a la redacción original del art. 83 RDL 1/2007, artículo que, con anterioridad a su reforma por Ley 3/2014, señalaba que «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato». Tras la Ley 3/2014 se suprime dicho inciso limitándose ahora dicho artículo a reproducir el art. 6.1 de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, a señalar que, en caso de nulidad de la cláusula abusiva, el contrato «seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». El actual art. 83 pfo 1 RDL 1/2007 sigue afirmando la nulidad de pleno derecho de la cláusula abusiva, pero sigue sin especificar qué tipo de ineficacia existe cuando la ineficacia del contrato es total.

Dicho tránsito de una redacción a otra tiene, así todo, un enorme significado porque si con arreglo a la anterior redacción (tanto del art. 10 LGDCU de 1984 como del art.83 *if* anterior a la Ley 3/2014) era defendible que los supuestos de ineficacia total eran supuestos de rescisión -ALFARO- o de resolución -PAGADOR LÓPEZ- puesto que era requisito de la ineficacia total que las cláusulas subsistentes determinasen una situación no equitativa e insubsanable en la posición de las partes, ahora -tras la Ley 3/2014- ya no exige el nuevo art. 83 RDL 1/2007 dicho requisito y simplemente se requiere para acordar la ineficacia total que el contrato no pueda subsistir sin las cláusulas abusivas (lo que parece un criterio objetivo relativo a si subsisten o no los requisitos del 1261 CC). En todo caso, ni la redacción anterior a la Ley 3/2014 ni la actual determinan *expressis verbis* qué tipo de ineficacia es aplicable a la ineficacia total y si bien con la nueva redacción entiendo que es difícilmente sostenible otra tesis que no sea la de la nulidad conviene destacar por su valor histórico, por la importancia dogmática de los autores que la sostuvieron y por su valor conceptual y delimitador las tesis que se vertieron, al amparo de la derogada LGDCU de 1984, sobre la clase de ineficacia cuando esta es total. Así pues, vamos a distinguir:

¿Invalidéz o ineficacia stricto sensu en caso de ineficacia total?

La primera cuestión debatida (aunque tras la redacción del nuevo art. 83 RDL 1/2007 dicha polémica es difícilmente sostenible) es si en caso de que tenga lugar la ineficacia

¹⁹⁸⁶Vide comentarios a dicha STJUE 30/4/ 2014 en PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 167 y ss. Y téngase en cuenta que, como dijimos, la Directiva 93/13 tiene como finalidad disuadir a los profesionales de usar en el futuro cláusulas abusivas.

total del contrato prevista en el art. 10.1 LCGC (*a contrario sensu*) o implícitamente sobreentendido en el art. 83 RDL 1/2007 dicha ineficacia es una forma de invalidez o es una ineficacia *stricto sensu*¹⁹⁸⁷. Dos importantes sectores doctrinales -minoritarios- defendieron (si bien, todo hay que decirlo, con arreglo a la redacción del art. 83 anterior a la reforma de 2014 o con arreglo al ant. art. 10 LGDCU) que se trataba de dos supuestos que la doctrina clásica englobaría dentro de la ineficacia *stricto sensu*: la resolución y la rescisión:

1) Teoría de la resolución por excesiva onerosidad o por desaparición de la base del negocio. Sostiene que la ineficacia total del contrato acaecida cuando el contrato no puede subsistir sin las cláusulas nulas abusivas es un caso de resolución del contrato por onerosidad excesiva sobrevenida o por desaparición de la base del negocio¹⁹⁸⁸. Pero esta teoría es criticable no solo porque, como señala CLAVERIA, la resolución es una ineficacia sobrevenida que tiene lugar cuando un contrato perfeccionado con plena regularidad, se convierte después en excesivamente oneroso, mientras que en la hipótesis ahora examinada la ineficacia del contrato deriva de irregularidades (cláusulas abusivas) intrínsecas acaecidas en el proceso formativo del negocio cuya existencia se detecta y se declara después (es decir, no se trata de una ineficacia *stricto sensu* sino de un supuesto de invalidez)¹⁹⁸⁹, sino también, añade ALFARO, porque ni el fundamento ni los demás supuestos de resolución diferentes del incumplimiento encajan en el artículo que examinamos¹⁹⁹⁰.

2) Teoría de la rescisión. Sostiene que la ineficacia total del contrato acaecida cuando el contrato no puede subsistir sin las cláusulas nulas es un caso de rescisión porque -dice ALFARO- su *ratio* encaja en la configuración doctrinal de la rescisión como «*un remedio in extremis arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley pero que se estima especialmente injusto*»¹⁹⁹¹; rescisión regulada en los arts. 1291 y ss. CC. Esta calificación añade este autor es compatible con el tenor del precepto que habla de ineficacia porque la rescisión es una forma de ineficacia sin que se oponga a dicha calificación el hecho de que la LGDCU no se refiera específicamente a la rescisión dada la absoluta falta de precisión técnica del art. 10 LCU¹⁹⁹². Además, a pesar de que en nuestro derecho la rescisión sólo se admite en los casos taxativamente previstos en los arts. 1291 y 1292 CC, por la vía del art. 1291.5 CC es posible incluir como rescindibles los casos de ineficacia total del contrato que no puede subsistir sin las cláusulas nulas, teniendo la rescisión la ventaja (frente a otros tipos de ineficacia) de ser aplicables sólo a instancia del perjudicado¹⁹⁹³. Pero esta teoría, si bien tenía la innegable ventaja de poder explicar la legitimación activa restringida, es criticable por varios motivos: en primer lugar, porque la rescisión alude a contratos válidamente celebrados (art. 1290 CC) mientras que aquí -reiterando

1987Reiteramos que ahora nos referimos no a la nulidad parcial de la cláusula abusiva, que es un caso de nulidad parcial de pleno derecho, sino a la ineficacia total del contrato en el que está contenido la cláusula abusiva que tendrá lugar cuando el contrato no pueda subsistir sin dicha cláusula.

1988Así, p.ej. PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales...* ob. cit. p. 712.

1989CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.: «Notas críticas...», ob. cit. p. 1053.

1990ALFARO AGUILA-REAL. J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 459.

1991ALFARO AGUILA-REAL. J.: *Las condiciones...*, ob. cit. pp. 459- 460. Se adhieren a la teoría de la rescisión para explicar el ant. art. 10.4 LGDCU, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC* 1994-1, p. 89; MARTÍN PEREZ, J.A.: *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. Ed. JM Bosch. Barcelona. 1995, p. 412 y con ciertas dudas, BELLO JANEIRO, D.: «Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», *AFDUC*, 1998, nº 2, p. 664).

1992ALFARO AGUILA-REAL. J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 459 especialmente n. 307.

1993Ibid. p. 460.

la crítica de CLAVERIA a la teoría de la resolución- existe una ineficacia debida a irregularidades acaecidas en el proceso formativo del negocio¹⁹⁹⁴; en segundo lugar, porque la rescisión tiene una serie de supuestos tasados y si bien el art. 1291.5 CC prevé su extensión a cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley, lo cierto es que la ley -salvo que queramos hacer una lectura tan amplia que desfigure la rescisión- no determina especialmente, en este supuesto, que se trate de un caso de rescisión, sino que, por contra, entiende que se trata de un supuesto de ineficacia estructural: de invalidez¹⁹⁹⁵. Por último, no hay que desconocer que la teoría de la rescisión se formuló al amparo del tenor del ant art. 10.4 LGDCU 26/84 -la obra de ALFARO es de 1991 y la de MARTIN PEREZ de 1995- que consideraba «ineficaz» todo el contrato si, declarada nula una cláusula abusiva, las cláusulas subsistentes determinasen una «*situación no equitativa*» de las partes en el contrato, concepto este de «*situación no equitativa*» determinante de la invalidez total que, aunque figuraba en la redacción original de la LGDCU de 2007, ya no figura, tras la reforma llevada a cabo por Ley 3/2014, en el actual art. 83 RDL 1/2007 que se limita a declarar la obligatoriedad del contrato si puede subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas.

3) Teoría de la invalidez. Según la doctrina mayoritaria cuando todo el contrato es ineficaz por no poder subsistir sin la cláusula nula todo el contrato es inválido si bien, dentro de dicha teoría, según la doctrina abrumadoramente mayoritaria el contrato será nulo de pleno derecho y, según la doctrina minoritaria, el contrato será anulable. Paso a analizar ambas teorías:

3A) Teoría de la nulidad de pleno derecho. La doctrina mayoritaria considera que cuando la nulidad parcial de la cláusula abusiva tiene, excepcionalmente, como resultado que el contrato no pueda subsistir sin dichas cláusulas y, por tanto, sea ineficaz todo el contrato, esta ineficacia total también debe calificarse como un supuesto de invalidez por nulidad absoluta de pleno derecho puesto que siendo la cláusula abusiva nula de pleno derecho el juez se limita a declarar su ineficacia que se daba *ab origine* por lo que si dicha nulidad afectaba a un elemento esencial del contrato (piénsese que si no afectaba a un elemento esencial no hubiera arrastrado la invalidez de todo el contrato) también será este nulo *ab origine*¹⁹⁹⁶. Obviamente esta tesis se ha visto respaldada tras la modificación del art. 83 RDL 1/2007 que, si bien antes exigía para acordar la ineficacia total que las cláusulas subsistentes determinasen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, tras la Ley 3/2014 suprime dicho inciso limitándose ahora dicho precepto a reproducir el art. 6.1 de la Directiva 93/13 y, en consecuencia, a señalar que en caso de nulidad de la cláusula abusiva el contrato «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*». Y evidentemente, el contrato no puede subsistir si tras la supresión quedara privado de alguno de los elementos esenciales del mismo que establece el art. 1261 CC (art. 9 LCGC).

1994Crítica que también esgrime CLEMENTE MEORO, M.: «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas» en *Contratación y consumo*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998, p. 324.

1995Como señala MORENO QUESADA, la rescisión es un remedio excepcional que impone una interpretación restrictiva. Así, si bien el art. 1291.5 CC prevé otros casos posibles «*lo hace con el carácter restrictivo que supone la necesidad de que «especialmente lo determine la Ley», cerrando la posibilidad de que sin ello cualquier otra circunstancia de desequilibrios o perjuicios ocasionados pueda ser bastante para permitir el recurso a este tipo de invalidez*» (MORENO QUESADA, B.: «Comentario al art.1291 del Cc», *Comentarios Edersa* T. XVII, Vol. 2º [2ª ed.]).

1996CLEMENTE MEORO, M.: «El régimen de ineficacia...» ob. cit. p. 324 y ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 60.

En resumen, para los partidarios de esta tesis, la ineficacia total del contrato, que acaece cuando este no pueda subsistir sin la cláusula nula abusiva, es, en primer lugar, una invalidez (no una ineficacia *stricto sensu*). Y, en segundo lugar, es una invalidez no por contravenir directamente ninguna ley imperativa o prohibitiva, sino por carecer el contrato, tras la eliminación de la cláusula nula, de alguno de los elementos del art. 1261 CC¹⁹⁹⁷. Es decir, la nulidad de una cláusula esencial para la subsistencia del contrato deja a este sin uno de los elementos necesarios del contrato fijados en el art. 1261 CC y, por tanto, determina su nulidad por inexistencia del negocio. Inexistencia originaria porque la causa de nulidad radical de la cláusula abusiva que arrastra consigo la inexistencia del contrato ya existía en el mismo momento de celebrar, aunque se declare con posterioridad. Y, en todo caso, nulidad por inexistencia del negocio atípica porque la legitimación se encuentra restringida al consumidor, porque es subsanable¹⁹⁹⁸, disponible y renunciable¹⁹⁹⁹ lo cual supone una quiebra del sistema bipartito de nulidades. Todo ello sin perjuicio de la crítica que, como vimos, ha padecido la figura de la inexistencia.

Por último, no han faltado críticas a la teoría de la nulidad de pleno derecho porque, dice ALFARO con cita de un importante sector de la doctrina alemana, no hay razón para declarar la nulidad del contrato cuando la parte perjudicada desea, sin embargo, que el contrato siga valiendo²⁰⁰⁰. Como hemos visto la jurisprudencia del TJUE recoge este argumento²⁰⁰¹.

3B) Teoría de la anulabilidad. Sostiene, en posición minoritaria, RUIZ MUÑOZ que la ineficacia total del contrato acaecida cuando el contrato no puede subsistir sin las cláusulas nulas es un caso de anulabilidad por error porque la problemática de la invalidez parcial de la cláusula abusiva y la problemática de la invalidez por error es idéntica ya que, en ambos casos, dicha invalidez *«provoca una modificación de la situación imaginada inicialmente por los contratantes»*²⁰⁰² de modo que el contrato, una vez amputada una cláusula, puede que no tenga nada que ver con el que imaginaron las partes al contratar y en base a cuyo estado de cosas emitieron sus declaraciones. No obstante, añade, no toda alteración del programa contractual legitima un abandono del contrato, sino que dicha alteración derivada de la nulidad parcial de una cláusula abusiva, para que acarree la ineficacia total del contrato, ha de reunir los requisitos exigidos para la relevancia del error: la esencialidad y

1997Como señala BLANDINO GARRIDO, con cita de PASQUAU LIAÑO, *«en sentido propio, las cláusulas abusivas no contravienen directamente ninguna ley imperativa o prohibitiva, puesto que en tal caso no serían -abusivas», sino simplemente «ilegales»* (PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a la disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LCU», en *Comentarios...*, ob. cit. p. 772). (en BLANDINO GARRIDO, M.A.: «Contenido y efectos...», ob. cit. p. 683 n. 651).

1998Así, STJUE (Sala 4ª) de 30/4/2014, considera que, si el contrato no puede subsistir tras la eliminación de una cláusula abusiva, es válida una normativa nacional *«que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional»*. Es decir, permite sanar la nulidad de una cláusula abusiva y con ello sanar la inexistencia que, en otro caso, hubiera sobrevenido de todo el contrato.

1999Como vimos según la STJUE de 21/2/2013 [35] y STJUE de 4/6/2009 [35] si el juez considera abusiva una cláusula se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula. Ello permite que el consumidor que prevea que la nulidad de una cláusula abusiva arrastrará la inexistencia del contrato (porque sin aquella este no pueda subsistir) pueda prestar la aquiescencia a dicha cláusula para evitar la inexistencia del contrato por lo que, de un modo indirecto, está disponiendo sobre la existencia o inexistencia del contrato.

2000ALFARO AGUILA-REAL. J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 457.

2001STJUE de 21/2/2013 [35]; STJUE de 4/6/2009 [35].

2002RUIZ MUÑOZ, M.: *La nulidad parcial...*, ob. cit. pp. 198 y 301.

excusabilidad²⁰⁰³. Y deduce de dicha interconexión entre la nulidad parcial y el error en los contratos que la ineficacia de todo el contrato derivada de su imposibilidad de subsistir sin una cláusula declarada radicalmente nula por abusiva ha de considerarse como un supuesto de anulabilidad y no de nulidad absoluta²⁰⁰⁴. Pero en contra de esta teoría cabría alegar no solo que la anulabilidad trata de solucionar problemas de capacidad y consentimiento viciado mientras que la invalidez analizada no tiene que ver con dichas cuestiones y, por tanto, no es una situación análoga²⁰⁰⁵, sino también que no es un un supuesto de error porque el predisponente no otorgó su consentimiento sobre la base de una falsa representación mental de la realidad²⁰⁰⁶.

5.2.2 La invalidez por defectos de forma

1. Introducción. La forma -o exigencia de que el contrato se exprese por determinados signos- y la información -o exigencia de que el empresario dé a conocer al consumidor ciertos datos del producto o servicio- están íntimamente ligados en el derecho de consumo, porque normalmente la forma es relevante por ser el medio para dar a conocer al consumidor la información preceptiva, y, por ello, la forma se configura como óptimo instrumento tuitivo del contratante débil lo que ha llevado a un resurgimiento, en el ámbito consumerista, de un «*formalismo unilateralmente protector*»²⁰⁰⁷, a una «*revivificación del formalismo*»²⁰⁰⁸. La forma se configura como «*informativa*» o «*ad luciditatem*» porque el fin que persigue su exigencia es asegurar al contratante más débil una información completa sobre el contrato, sus efectos y su alcance con carácter previo a su celebración²⁰⁰⁹; la forma, en resumen, permite al consumidor consentir con lucidez (al garantizar que pudo conocer lo convenido) y probar que lo que se acordó es lo recogido en el documento²⁰¹⁰. Incluso en sede de invalidez los problemas de forma e información se entremezclan porque normalmente los defectos de forma supondrán defectos de información, pero conceptualmente son problemas distintos y merecen un estudio separado. Por eso dedicaremos este apartado a la invalidez por defectos de forma y el siguiente a la invalidez por defectos de información.

2.- La invalidez por ausencia de forma escrita. En nuestro derecho de consumo si bien se establecen, en numerosas disposiciones, requisitos de forma escrita, principalmente para satisfacer los deberes de información que pesan sobre el empresario y para salvaguardar la libertad de la decisión contractual del consumidor²⁰¹¹, no se establece, como destaca ALVAREZ MORENO, un régimen uniforme para la infracción

2003Ibíd. pp. 198 y 301. El requisito de la esencialidad se satisfará cuando se revele la inalcanzabilidad del fin práctico perseguido por las partes y el de la excusabilidad cuando se ponga de manifiesto el comportamiento diligente respecto a la causa de la invalidez total; o lo que es lo mismo, que la nulidad parcial no fue o debió ser conocida por quien desea la anulación total del contrato (ibíd. pp. 198-199).

2004Ibíd. p. 194. En todo caso, hay que tener en cuenta que esta teoría se formula estando vigente el derogado ant. art. 10.4 LGDCU 26/84.

2005ALFARO AGUILA-REAL, J.: *Las condiciones...*, ob. cit. p. 458.

2006CLEMENTE MEORO, M: «El régimen de ineficacia...» ob. cit. p. 324.

2007ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. pp. 66-67

2008ALVAREZ MORENO, M^a.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 53 y 116

2009DÍAZ ALABART, S.: «La forma ad luciditatem en la contratación con consumidores» en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Roberto M. López Cabana*. Ed: Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001, p. 635; ALVAREZ MORENO, M^a.T.: *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 53; GARCÍA VICENTE, J.R. «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1664

2010 DIAZ ALABART, S.: «Introducción. La contratación con consumidores», ob. cit. p. 26.

2011Sin perjuicio de la confirmación documental que, con carácter general, exige el art. 63 TRLGDCU con relación a cualquier contrato con consumidores, diversos preceptos exigen, con distinto alcance, la forma escrita en el Derecho de consumo: así, entre otros, los art.154.1 TRLGDCU, art.11.1 LCATBUT; el art. 57.4 y 60.2 LOCM; art.16.1 LCC; el art.6.1 LVPBM; art.98.7, 99.1 y 99.2 TRLGDCU etc.

de la forma²⁰¹². En unos casos se prevé la anulabilidad²⁰¹³, en otros la resolución²⁰¹⁴ y, en otros, se limitan a establecer sanciones administrativas o directamente se guarda silencio sobre las consecuencias de los defectos de forma²⁰¹⁵. En el caso de los contratos de consumo sobre bienes inmuebles, el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas establece, para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, la exigencia de forma escrita no sólo del contrato de compraventa (el art. 9 señala *verbatim*: «A la firma del contrato...»), sino también de los documentos a que se refieren dicho RD dado que el consumidor tiene derecho a recibir a costa del vendedor copia de los mismos²⁰¹⁶. Insiste en la forma escrita el art. 10 de dicho RD («los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez...»)²⁰¹⁷. Pero dicho RD 515/ 1989 no indica ni, añade LASARTE, debería haberlo hecho²⁰¹⁸ qué mecanismos tiene el consumidor ante el incumplimiento contractual del empresario, guardando silencio sobre la eficacia o ineficacia civil del contrato carente de forma escrita²⁰¹⁹ y limitándose a remitirse en su art. 11 al régimen sancionador de la LCU (procedimiento sancionador que no beneficia directamente al consumidor²⁰²⁰). Asimismo, y con relación a todo contrato de consumo, el art. 63 RDL 1/2007 impone al empresario la obligación de confirmación documental, pero tampoco establece el régimen del incumplimiento por lo que la pregunta a resolver sería ¿cuál es el régimen de incumplimiento e invalidez de un contrato verbal sobre bienes inmuebles en el ámbito de consumo? Se han defendido, entre otras, las siguientes soluciones:

A) La nulidad absoluta de pleno derecho por contravenir una norma imperativa.

No nos parece aceptable dicha solución. La exigencia de forma escrita en el derecho de consumidores no tiene valor *ad substantiam* ni *ad solemnitatem* por lo que su infracción no conlleva la nulidad de pleno derecho por numerosas razones: en primer lugar, porque la nulidad absoluta del contrato en los supuestos de falta de forma, en

2012 ALVAREZ MORENO, M^a.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 117.

2013 Opta expresamente por la anulabilidad la LCC cuando el contrato de crédito al consumo no se haga constar por escrito (art. 21,1 LCC en relación con art.16.1 LCC) así como el art. 100.1 TRLGDCU cuando en los contratos celebrados a distancia o los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil no se haya facilitado al consumidor la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo.

2014 Así p. ej. la falta de información o de forma escrita de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de adquisición de productos vacacionales de larga duración sujetos a la Ley 4/2012, se sanciona con un derecho de resolución a favor del consumidor (art. 8 pfo. 2 LCATBUT).

2015 Así p. ej. el art.154 TRLGDCU guarda silencio sobre el tipo de invalidez en caso de incumplimiento del requisito de forma escrita en los contratos de viaje combinado.

2016 El art. 5 del RD se refiere a ciertos documentos que los promotores de viviendas deben tener a disposición del público y autoridades; el art. 6 a la nota explicativa relativa al precio con los extremos que detalla; el art. 7 prevé que si la vivienda no está terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades copia del documento en el que se formalizan las garantías entregadas a cuenta; y el art. 8 contiene las menciones que han de contener los folletos o documentos similares. Vid. la crítica sobre la desafortunada y excesivamente débil expresión «tener a disposición» empleada en dichos preceptos en TORRES LANA, J.A.: «Deberes precontractuales...», ob. cit. p. 1016. Un análisis de dicho RD puede verse en MORRONGO MARTIN, M^a.L.: «La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas» en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Ed. Mc. Graw Hill Madrid, 1999, pp. 321-347; LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección...*, [6^a. ed.], ob. cit. pp. 144-158; TORRES LANA, J.A.: «Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo» en *Tratado...*, ob. cit. pp.1015-1020.

2017 GARCÍA VICENTE Y LÓPEZ MAZA, S. tilda de imperativa dicha exigencia de forma que tiene por objeto, sobre todo, satisfacer los deberes de información que pesan sobre el empresario (en GARCÍA VICENTE J.R. y LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art.63 del TR de la LGDCU» en *Comentario del Texto Refundido...*, ob. cit. [2^a ed.] 2015).

2018 LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección...*, [6^a. ed.], ob. cit. p. 157

2019 ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 112.

2020 GARCÍA VICENTE J.R. y LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art. 65...», ob. cit. pp. 909-910.

muchos casos, no beneficia al consumidor ya que le obliga a restituir el bien comprado (art. 1303 Cc)²⁰²¹; en segundo lugar, porque sería insostenible no conceder al consumidor la posibilidad de confirmar el contrato puesto que no hay razón para declarar la nulidad del contrato cuando la parte perjudicada por un contrato verbal desea, sin embargo, que el contrato siga valiendo ya que las ventajas no deben ser impuestas contra la voluntad del beneficiario; en tercer lugar, porque si la nulidad fuera absoluta se produciría el absurdo de que la legitimación activa correspondería también al empresario infractor; en cuarto lugar, porque si la nulidad fuera absoluta el plazo de ejercicio sería imprescriptible «*plazo insoportable en el Derecho contractual de consumo*»²⁰²²; y, en quinto lugar, porque si la nulidad fuera absoluta sería apreciable de oficio lo cual es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva y la naturaleza esencialmente dispositiva del Derecho de contratos²⁰²³.

B) La anulabilidad. En los supuestos de omisión de la forma escrita se ha defendido por un importante sector doctrinal la aplicación analógica de la acción de anulación prevista, con relación a los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, en el art. 100 RDL1/2007 o con relación a los contratos de crédito al consumo en el art. 21.1 LCC. Así pues, se dice, debe extenderse dicha forma de invalidez a los supuestos de omisión de forma debida en los contratos de consumo porque la anulabilidad es la forma de invalidez que mejor se adecua a estos supuestos²⁰²⁴. Pero a ello se oponen tres argumentos teóricos y uno práctico. Los argumentos teóricos contrarios a la anulabilidad del contrato con consumidores carentes de forma serían los siguientes: primero, el carácter excepcional, según un sector doctrinal que hoy puede calificarse de minoritario y al que hemos hecho alusión al principio de esta obra, de las causas de anulabilidad que exigen una interpretación restrictiva y no admiten la analogía²⁰²⁵; segundo, que las normas sobre los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil contenidas en el título III del L II del TRLGDCU, y entre ellas la anulabilidad, no se aplican a los bienes inmuebles porque específicamente excluye los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos (vid. arts. 93 e. y 59 bis 2 TRLGDCU); y tercero, porque si el legislador ha señalado ese régimen específico para un tipo concreto de contratos que enumera (arts. 1265 y 1301 CC) y no para los otros es porque no ha querido aplicar a estos dicho régimen (arg.

2021Así, SANTOS MORON, M^a.J.: «Información precontractual...», ob. cit. p. 155.

2022GARCÍA VICENTE, J.R. «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1736.

2023GARCÍA VICENTE, J.R. «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1736. En el mismo sentido, ALVAREZ MORENO, M^a.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 118, n. 197

2024Así, ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. pp. 70 y 79; CARRASCO PERERA, A.F. *et al.*: *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*. Ed. INC. Madrid. 2002, p. 346; GARCIA RUBIO M.P.: «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del derecho de consumo» *AC* n^o 2, 1994, pp. 277-289.

2025En contra de la tesis taxativa de las causas de anulabilidad que sostuvo DE CASTRO, la doctrina moderna destaca que dicha invalidez es una categoría creada por el legislador e instrumentalizada por éste a los fines que considere más oportunos por lo que no hay un campo propio y específico para el régimen de la anulabilidad como lo demuestra que el legislador use dicha forma de invalidez para resolver no sólo problemas de capacidad y consentimiento viciado sino también p. ej. el problema del cónyuge que dispone de un bien común sin consentimiento del otro cónyuge -art. 1322 CC- que no es un problema ni de incapacidad ni de vicios de consentimiento sino de falta de poder de disposición [CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del Cc», ob. cit.; GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...», ob. cit. p. 974]. Ello ha llevado a GORDILLO a defender una tendencia expansiva de la anulabilidad y restrictiva de la nulidad (ibíd. p. 983). En nuestra jurisprudencia pueden verse como ejemplos de sentencias que realizan una aplicación extensiva de la anulabilidad fuera de los estrechos límites del art. 1300 y 1301 CC, entre otras, la STS 29/1/1983 en materia de sociedades mercantiles (RJ 398), la STS 23-12-1976 en materia testamentaria (sentencia citada y comentado por GORDILLO CAÑAS, A.: «Nulidad...» ob. cit. pp. 980-981 con cita de otras sentencias del TS en idéntico sentido expansivo de la anulabilidad) y la STS 13/03/2003 (TOL265.176) en materia de propiedad horizontal.

inclusio unius exclusio alterius); la anulabilidad, se ha dicho, trata de solucionar problemas de capacidad y consentimiento viciado mientras que el supuesto analizado nada tiene que ver con dichas cuestiones y, por tanto, no es una situación análoga. Y el argumento práctico en contra de dicha acción de anulabilidad es que la mayoría de las veces el consumidor inmobiliario no estará interesado en anular, por un defecto de forma que no afecta a la información recibida, el contrato porque dicha anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y obliga a los contratantes a restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato con sus frutos y el precio con los intereses (art. 1303 CC).

C) La invalidez atípica. Señala SANTOS MORON que, a la vista de las dificultades que presentan tanto la teoría de la nulidad absoluta como de la anulabilidad debería prescindirse de categorías dogmáticas previas y «*construir un régimen coherente y uniforme que dé solución a todos los supuestos en que se impone la forma escrita como mecanismo de protección de los intereses del consumidor*»²⁰²⁶. A juicio de dicha profesora, dicho régimen uniforme tendría una legitimación activa limitada solo al consumidor (porque la legislación de consumo pretende proteger exclusivamente a este) y debería permitirle, a su elección, o reclamar al empresario el cumplimiento de los requisitos de forma o desligarse del contrato no documentado mediante una simple declaración de voluntad que no sería preciso deducir en juicio²⁰²⁷. Es decir, y en cuanto a esto último, dicho régimen tendría, como la anulabilidad, restringida la legitimación activa y como la nulidad absoluta no tendría por qué ser declarada judicialmente (salvo, claro está, que alguno de los contratantes se niegue a reconocerlo)²⁰²⁸. En suma, se trataría de un régimen híbrido. En todo caso, dicha tesis (que en síntesis y en cuanto a la facultad de desligarse del contrato sin acudir a los tribunales, no es sino un derecho de desistimiento) plantea, como veremos, serios problemas cuando se intenta aplicar a la compraventa de inmuebles.

D) Por último, se ha defendido que los consumidores tienen un **derecho de resolución** si el empresario incumple sus deberes documentales²⁰²⁹, pero comparto con CÁMARA LAPUENTE que la posibilidad de resolver el contrato es dudosa a la luz de la interpretación jurisprudencial del art. 1124 CC pues se trata de una prestación accesoria y no de un incumplimiento esencial de la obligación²⁰³⁰.

En resumen, a mi entender, si la ausencia de forma no produce falta de información la solución no debe venir por la vía de la ineficacia porque la mayoría de las veces dicha ineficacia no satisfará el interés del consumidor que no quiere que el contrato sea ineficaz (porque ello conllevaría la consiguiente obligación de restituir las cosas objeto del contrato), sino por la vía de que se facilite al consumidor la documentación

2026SANTOS MORON, M^a.J.: «Información precontractual...», ob. cit. p. 156.

2027Ibíd. pp. 156-157.

2028Ibíd. p. 156.

2029En este sentido, SAP Alicante de 9/6/2003 (La Ley 1419258/2003). En nuestra doctrina ha defendido dicho derecho de resolución ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez...*, ob. cit. p. 119. También, con relación a la LOCM, PARRA defendió que la negativa del vendedor a entregar al comprador un documento acreditativo de las condiciones contractuales permite al comprador rechazar el cumplimiento del pago oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus*, así como optar entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, conforme al art. 1124 CC (PARRA LUCÁN M.A.: «Art. 11», *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio minorista*. Tecnos, 1997, p. 197).

2030CÁMARA LAPUENTE, S.: *Comentarios...*, ob. cit. p. 569. Sin embargo, en contra, considera PARRA que negar, en estos casos, la aplicabilidad del art. 1124 CC le parece una protección del comerciante incumplidor porque las alternativas de que dispone el consumidor (no pagar, consignar, exigir el otorgamiento del documento) pueden resultar excesivamente onerosas (PARRA LUCÁN M.A.: «Art. 11», *Comentarios...*, ob. cit. pp. 197-198).

omitida pudiendo este compeler al empresario a llenar la forma escrita desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (art. 1279 CC) y solicitar el cumplimiento específico de la obligación de acreditar documentalmente el contrato y de entregar los documentos exigidos por el RD 515/89 y por el art. 64 TRLGDCU (art. 1097, 1098 y 1258 CC y 705 y ss. LEC)²⁰³¹. También, podrá el consumidor oponer la *exceptio non adimpleti contractus* para rehusar el pago debido, consignar el precio e incluso solicitar la indemnización de daños y perjuicios (art. 48 TRLGDCU)²⁰³².

5.2.3 La invalidez por defectos de información

Aunque existe un genérico deber de informar en todos los contratos, en los contratos de consumo dicho deber alcanza un papel destacado²⁰³³. Las razones por las que el derecho de consumo impone dichos deberes de información tienen por fundamento la desigualdad informativa entre consumidor y empresario que con dicho deber de información se trata de paliar²⁰³⁴ y como finalidad permitir que el consumidor adopte decisiones libres y meditadas y conozca el alcance del compromiso adquirido, de los derechos de que goza y de las cualidades de la prestación²⁰³⁵. Actualmente dicho derecho de información tiene reflejo constitucional (art. 51.2 CE), es un derecho básico del consumidor (art. 8.d RDL 1/2007) y se regula con diferente alcance en numerosos preceptos legales²⁰³⁶.

No obstante, y tal y como dijimos para las infracciones de forma, tampoco en los casos de falta de la información prescrita por el RD 515/1989 la sanción puede ser la nulidad absoluta de pleno derecho porque no hay razón para declarar la nulidad del contrato cuando la parte perjudicada por un contrato carente de la información que exige dicho RD desea, sin embargo, que el contrato siga valiendo; ni hay razón para conceder legitimación al empresario infractor²⁰³⁷. Por tanto, sistematizando las respuestas jurídicas que proporciona nuestro texto ordinamental al consumidor podemos elaborar el siguiente sistema de protección del mismo en caso de que el empresario no proporcione la información a la que viene obligado por la normativa de consumidores. De entre ellas casi todos son remedios que no conllevan la invalidez del negocio y sólo la última que analizaremos (la anulabilidad por error o dolo) sí acarrea dicha invalidez.

5.2.3.1 Respuestas jurídicas en caso de falta de información que no conllevan la ineficacia del negocio inmobiliario consumerista.

2031CAMARA LAPUENTE, S.: *Comentarios...*, ob. cit. p. 569. Así, también SAP Alicante -Secc. 8ª- 22/03/2013 (TOL3.756.157) que confirma la sentencia del juez *a quo* y condena a la promotora, en base a los arts. 1097 y 1258 CC y art. 9 RD 515/1989, a entregar a la Comunidad de Propietarios demandante toda la documentación que constituye el "Libro del Edificio", del complejo inmobiliario.

2032CAMARA LAPUENTE, S.: *Comentarios...*, ob. cit. p. 569. Vide más ampliamente ALVAREZ MORENO, Mª.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. p. 122 y GARCIA VICENTE J.R.: «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1736.

2033JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», *RCDI* 738, 2013, p. 2282.

2034JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «Los deberes...», ob. cit. p. 2278 .

2035GARCIA VICENTE J.R. y LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art. 60 del TRLGDCU», ob. cit.

2036Entre otros, arts 12, 17, 18, 20, 49.1.h, 49.2, 60, 97-99, 105, 152-156 TRLGDCU etc. Respecto de la compraventa de viviendas, como vimos, el RD 515/1989, de 21 de abril, contiene numerosas normas sobre qué información debe ponerse a disposición del público en los contratos comprendidos dentro del ámbito de dicho Real Decreto.

2037Asimismo, se muestra contrario a la nulidad de pleno derecho CAVANILLAS porque a ello se opone la jurisprudencia del TS sobre la aplicación del art. 6.3 CC, y porque el RD 515/1989 «no impone la información como requisito constitutivo de dichos contratos; se limita a establecer un deber independiente [...] de información» (en CAVANILLAS MÚGICA, S. *La protección...*), ob. cit. p. 54).

Dentro de este apartado encontramos **en primer lugar**, una serie de remedios que no benefician directamente al concreto consumidor que adquirió, con información inexacta del empresario, una vivienda. Y así, ante dicha información deficiente que incumpla, p.ej., las exigencias previstas en el RD 515/1989 o en la legislación sobre consumo, serán posibles acciones por competencia desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), publicidad engañosa (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) e, incluso, sanciones administrativas (vid. art. 11 RD 515/1989²⁰³⁸) cuya amenaza es un poderoso incentivo al cumplimiento de los deberes de información²⁰³⁹. **En segundo lugar** y centrándonos en la protección del consumidor a quien todavía le interesa el cumplimiento del contrato (y, por tanto, no desea anularlo) y a quien las acciones por competencia desleal o publicidad engañosa y las sanciones no le aportan ningún beneficio los remedios de que dispondrá serán, entre otros, los siguientes:

A) Remedios generales previstos en el CC que no conllevan la invalidez negocial.

Si el consumidor, al entregársele la vivienda, detecta defectos podrá reclamar al empresario vendedor su subsanación y, en caso de no repararse, podrá ejercitar la acción de cumplimiento contractual (arts. 1091, 1096, 1098, y 1124 CC), de indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC) y, en su caso, la acción de saneamiento por vicios ocultos (1484 CC)²⁰⁴⁰. También tendrá acción decenal contra el constructor y arquitecto de un edificio que se arruine por los vicios señalados en el art. 1591 Cc, y podrá acudir, si concurren los requisitos y el contrato no se llega a celebrar, a la responsabilidad precontractual por culpa *in contrahendo*²⁰⁴¹.

B) Remedios específicos reconocidos en la legislación de consumo. El consumidor a quien todavía le interesa el cumplimiento del contrato (y, por tanto, no desea anularlo) dispondrá siguiendo a GARCIA VICENTE²⁰⁴² y ALVAREZ MORENO²⁰⁴³, de los siguientes remedios específicos reconocidos en la legislación de consumo:

B1) Se reemplazan los contenidos omitidos o inexactamente proporcionados por otros predispuestos por el legislador y, en los supuestos de omisión de información precontractual relevante, los contratos «*se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva*» (art. 65 TRLCU).

B2) En caso de duda sobre el sentido de la información proporcionada prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor (interpretación *contra proferentem*, art. 80.2 RDL 1/2007 y art 1288 CC).

B3) Se excluye de la relación contractual aquello de lo que no se ha informado al consumidor existiendo deber de hacerlo. Dicha exclusión tiene fundamento legal en el control de inclusión de las cláusulas no negociadas individualmente establecido

2038 También se recogerían infracciones administrativas por incumplimiento de determinados deberes informativos en el art. 49.1 RDL 1/2007 (así, p. ej., el art. 49.1.d considera infracción, entre otras, «*en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio*») que darían lugar a la imposición de la correspondiente sanción pecuniaria (arts. 51 y 52 RDL 1/2007) (LÓPEZ MAZA, S.: «Información precontractual obligatoria en la compra-venta al consumo» en *Tratado...*, ob. cit. p. 463).

2039 GARCIA VICENTE J.R.: «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1675.

2040 LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección...*, [6ª. ed.], ob. cit. pp. 157-158; MORRONGO MARTIN, Mª.L.: «La protección del consumidor...», ob. cit. p. 341.

2041 LÓPEZ MAZA, S.: «Información precontractual...», ob. cit. p. 462.

2042 GARCIA VICENTE J.R.: «La contratación con consumidores», ob. cit. p. 1676.

2043 ALVAREZ MORENO, Mª.T. *La protección jurídica...*, ob. cit. pp. 62-65.

en el art 80.1 RDL 1/2007²⁰⁴⁴.

B4) Se integran las afirmaciones (aún falsas) en el contenido exigible del contrato. El consumidor puede exigir al vendedor el cumplimiento de las afirmaciones incluidas en la publicidad²⁰⁴⁵ y, si el defecto de información es omisivo, el cumplimiento de las prestaciones o características del producto sobre las que el empresario debió informarle correctamente²⁰⁴⁶. Como señala ALVAREZ MORENO si el consumidor, por no haber recibido la información detallada en el RD 515/1989 adquiere una vivienda que no reúne los requisitos que la publicidad le hizo esperar (es decir, si el incumplimiento de las obligaciones documentales establecidas en el RD 515/1989 le ocasiona una falta de información), tiene un remedio eficaz de reparar su insatisfacción y es acudir al recurso del art. 61 TRLCU que permite al consumidor dirigirse contra el vendedor y exigirle el cumplimiento de las afirmaciones incluidas en la publicidad²⁰⁴⁷. Dicha regla de integración del contrato mediante la publicidad ha sido concretada por la jurisprudencia de la que cabe extraer, entre otras las siguientes conclusiones:

I.-La regla de incorporación de la publicidad al contrato no se funda en la voluntad de obligarse del contratante que la emite ni en el engaño o fraude de este, sino que es una concreción del principio de buena fe y de protección de la confianza: el consumidor confía y cree, justificadamente, que lo anunciado vincula a la otra parte y considera, razonablemente, que las declaraciones (publicidad) fueron hechas con vistas a formar parte del contrato, si llega a celebrarse²⁰⁴⁸.

II.-Cabe diferenciar en la publicidad comercial la que tiene contenido informativo, que es la única que permite incorporar sus contenidos al contrato siempre que tenga la suficiente concreción en sus contenidos publicitarios, y la que es «*pura invitación o reclamo*»²⁰⁴⁹.

III.-La mayoría de las veces el TS canaliza la protección de la confianza en la publicidad a través de la responsabilidad contractual (el incumplimiento de lo anunciado es un incumplimiento del contrato)²⁰⁵⁰, pero ello no significa que no pueda canalizarse a través de remedios de naturaleza precontractual (anulación, indemnización) y así, p.ej., la STS 06.02.2020 (TOL7.746.847) aplica la

2044 Como señala LOPEZ MAZA «*el empresario o profesional no puede exigir aquello sobre lo que no informó (arts. 5.5 y 7 LCGC), pues ese contenido no se puede entender incorporado al contrato*» (en LÓPEZ MAZA, S.: «*Información precontractual...*», ob. cit. p. 462).

2045 Vide, en este sentido más ampliamente, LASARTE ALVAREZ, C.: *Manual sobre protección...* [6ª ed.], ob. cit. p. 157; MORRONGO MARTIN, Mª.L.: «*La protección del consumidor...*», ob. cit. p. 340; INFANTE RUIZ, F.J.: «*La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria*», en *Acceso a la Vivienda y contratación*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 224-225; LÓPEZ MAZA, S.: «*Información precontractual...*», ob. cit. p. 461.

2046 INFANTE RUIZ, F.J.: «*La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria*», ob. cit. p. 224.

2047 ALVAREZ MORENO, Mª. T. «*La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: Compra y arrendamiento de vivienda*» en *RDP* año nº 93, nov.- dic. 2009 Ed. Reus. Madrid, p. 9 n. 6.

2048 MORALES MORENO, A.M.: «*Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe*», *ADC* 2020-III, pp. 1001-1003, 1015 y 1060. En el mismo sentido, INFANTE RUIZ quien destaca que la protección que se dispensa al contratante en virtud de la regla de la integración de la publicidad en el contrato se fundamenta en la apariencia y confianza que el mensaje publicitario suscita en él (en INFANTE RUIZ, F.J.: «*La promoción publicitaria...*», ob. cit. p. 223).

2049 MORALES MORENO, A.M.: «*Concreción jurisprudencial...*», ob. cit. pp.1019 y 1061.

2050 *Ibid.* pp. 987, 1015, 1061-1062.

anulabilidad por error²⁰⁵¹.

IV.-La responsabilidad contractual del anunciante es, en cierto modo, objetiva porque no depende de su exclusiva negligencia ya que el hecho de que el incumplimiento provenga de un tercero no excluye la responsabilidad contractual del anunciante, si no ha condicionado con claridad esa eventualidad²⁰⁵². El anunciante asume el riesgo de que no se cumpla lo anunciado, aunque sea debido a un acto de tercero²⁰⁵³ y el consumidor no tiene que demostrar, según la doctrina mayoritaria, la negligencia del anunciante²⁰⁵⁴.

V.-La integración de la publicidad tendrá lugar aunque el anunciante y el empresario que vende el inmueble al consumidor no sean el mismo sujeto y aunque fuera aquel anunciante, y no este empresario, quien realizó las declaraciones públicas sobre las características del bien²⁰⁵⁵ porque es contrario a la buena fe aprovechar una publicidad engañosa para conseguir celebrar un contrato sin responsabilizarse de sus contenidos²⁰⁵⁶. Dicho consumidor tendrá acción directa frente al anunciante-fabricante para exigir el cumplimiento de lo prometido o anunciado en su publicidad pues esta se integra en el contrato celebrado, aunque procedan de un tercero que no es parte del mismo²⁰⁵⁷.

Lo que no existe en la compraventa de inmuebles en las que el comprador sea consumidor, frente a lo que sucede en muchos otros ámbitos del derecho de consumo, es el ejercicio por este de un derecho de desistimiento salvo, obviamente, cuando así se le reconozca en la oferta, promoción o publicidad o cuando las partes lo hayan pactado (normalmente con un pacto de arras penitenciales que no es sino un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada). Y no existe dicho derecho de desistimiento porque, como destaca la STS de 10/7/2013 (TOL3.888.001) de los derogados arts. 12.1 y 13.1.g) de la Ley 26/1984 de 19 de julio en su redacción dada por la Ley 4/2006, y del actual art. 68 RDL 1/2007 se deduce que el consumidor tendrá dicho derecho de desistimiento cuando, *en su caso*, esté previsto legal o contractualmente y ni aquella Ley 26/1984 ni el actual RDL

2051Ibíd. pp. 1016, 1062 *et passim*.

2052INFANTE RUIZ, F.J.: «La promoción publicitaria...», ob. cit. p. 223.

2053MORALES MORENO, A.M.: «Concreción jurisprudencial...», ob. cit. pp. 1023-1024 y 1062.

2054Así, entre otros, INFANTE RUIZ, F.J.: «The Integration of Advertising Statements into the Content of the Contract», *European Perspectives on the Common European Sales Law, Studies in European Economic Law and Regulation 4*. Springer. Cham (Suiza) 2015, pp. 87-88.

2055Así, entre muchos otros, BLANDINO GARRIDO, M^a A. «Contenido y efectos...», ob. cit. p. 587 y PINO ABAD, M.: «Comentarios a los artículos 61 y 65», ob. cit. p. 1124 con cita de numerosos autores favorables de dicha doctrina mayoritaria en n. 36 y 37 y con exposición de numerosos argumentos favorables a dicha extensión de la responsabilidad al anunciante en pp. 1124-1126.

2056Así, INFANTE RUIZ, F.J.: «La promoción publicitaria...», ob. cit. p. 223 quien, no obstante, destaca como con base en el art. 116.1 d. RDL 1/2007 el empresario podrá evitar la responsabilidad por el contenido de la publicidad en caso de falta de conocimiento sobre la declaración del anunciante; en caso de modificación de la publicidad en el momento de celebrar el contrato, y en caso de falta de influencia en la decisión de contratar (ibíd. pp. 253-255 y 265-266). Y, asimismo, considera dicho autor que las excepciones del art. 116.1 d. TRLGDCU, aunque pensadas para las ventas de bienes muebles, pueden extenderse analógicamente a todos los contratos con consumidores (ibíd. pp. 255-256). MORALES MORENO, asimismo, considera que tanto la ley cuando lo establece (vide. p. ej. en materia de consumo lo establecen bajo ciertos presupuestos y límites los arts. 116.1.d y 154 RDL 1/2007) como el principio de buena fe (art 1258 CC) permiten vincular al contratante por la publicidad de tercero (MORALES MORENO, A.M.: «Concreción...», ob. cit. p 1027 n. 114 y pp. 1027-1028).

2057A favor de dicha acción directa del consumidor frente al anunciante aun cuando este no sea el empresario que vende el bien PINO ABAD, M.: «Comentarios a los artículos 61 y 65», ob. cit. p. 1125 con cita de numerosa doctrina favorable a la misma en n. 38.

1/2007 prevén legalmente dicha posibilidad para la compraventa de inmuebles²⁰⁵⁸. Además, junto a dicho argumento, la admisibilidad de dicho derecho de desistimiento tropezaría con el art. 1256 CC cuyas excepciones deben interpretarse restrictivamente por lo que, siendo el derecho de desistimiento una excepción a dicho precepto, solo podría admitirse cuando la ley expresamente lo prevea o lo pacten las partes²⁰⁵⁹. Por último, también cabría alegar que cuando la ley quiso establecer en materia inmobiliaria un derecho de desistimiento a favor del consumidor lo previó expresamente (así, p. ej. art. 12 LCATBUT) por lo que, *a contrario*, si no lo ha previsto expresamente en la compraventa de inmuebles es que no lo ha querido imponer legalmente.

5.2.3.2 Respuestas jurídicas en caso de falta de información que conllevan la ineficacia del negocio inmobiliario consumerista por falta de información.

Junto a las respuestas jurídicas examinadas que no conllevan la ineficacia del negocio existen otras vías, en caso de infracción de los deberes de información que sí conllevan dicha ineficacia. Unas de ellas, como la resolución, son vías de ineficacia *stricto sensu*²⁰⁶⁰; otras de invalidez. Con relación a estas últimas es especialmente relevante la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento (señaladamente error o dolo) y la nulidad relativa de pleno derecho del párrafo segundo del art. 83 RDL 1/2007 (en redacción dada por la DF 8ª de la Ley 5/2019, de 15 de marzo). Pasamos a analizar a continuación estas dos formas de invalidez del negocio consumerista sobre inmuebles celebrado con falta de información.

5.2.3.2.1 La anulabilidad por error o dolo.

Los consumidores, cuando la información recaiga sobre alguno de los elementos esenciales del contrato, podrán acudir a la invalidez del contrato por anulabilidad relativa provocada fundada en un vicio de la voluntad previsto en el art. 1265 CC y que en este ámbito serán, principalmente, el dolo reticente y el error provocado²⁰⁶¹. No obstante, a veces los consumidores no podrán acudir a este remedio (porque no siempre concurrirán en el caso concreto los requisitos que dicha acción de anulación exige para prosperar) y, en otros casos, no querrán acudir a ella porque el consumidor inmobiliario no estará interesado en invalidar el contrato ya que dicha anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad debiendo los contratantes restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses

2058Y es que, como señala DIAZ ALABART, el derecho de desistimiento, a diferencia del derecho a la información, no es una facultad presente en toda la contratación con consumidores, sino que está previsto solo para algunos contratos en los que así lo prevea la ley o el contrato (DIAZ ALABART, S.: «Introducción. La contratación con consumidores» en *Manual de derecho de consumo*, [pp. 7-28], p. 25)

2059Tanto el TS (STS de 10/7/2013, TOL3.888.001) como la doctrina (DIAZ ALABART, S.: «Introducción. La contratación con consumidores», ob. cit. p. 25; DORAL GARCÍA, J.A. «Vicios de la construcción...», ob. cit. p. 84) consideran que el derecho de desistimiento es una excepción al art. 1256 CC.

2060Así, fuera de la invalidez y en sede de ineficacia *stricto sensu* declaran la resolución del contrato ex art. 1101 y 1124 CC por defectuosa información la SAP de Les Illes Balears -Secc. 5ª- de 02/09/2011 (TOL2.236.929) y la SAP de Les Illes Balears -Secc. 3ª- de 16/02/2012 (TOL2.490.158).

2061GARCIA VICENTE J.R. y LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art.65 del TRLGDCU», ob. cit. CAVANILLAS muestra sus recelos a aplicar la teoría del dolo en caso de omisión informativa por el vendedor porque dicho vicio exige que hubiese verdadero dolo (*animus decipiendi*) y que fuera grave y, si bien dicho *animus* existirá cuando el promotor vende una vivienda ocultando conscientemente información relevante para el comprador para incluir las restantes figuras de omisión (y básicamente la omisión negligente) debería forzarse excesivamente la categoría del dolo. Y, asimismo, muestra las dificultades de aplicar la teoría del error en caso de omisión informativa porque dicho vicio requiere que el error sea esencial, excusable e intrínseco y dichos requisitos no siempre se darán *in concreto* en todos los casos (en CAVANILLAS MÚGICA, S. *La protección...*, ob. cit. p. 54 y 55).

(art. 1303 CC). En todo caso, si el consumidor inmobiliario pretende acudir a las acciones de anulabilidad la doctrina y la jurisprudencia han exigido para que la infracción por el empresario de su deber de información pueda dar lugar al dolo o el error una serie de requisitos que paso a analizar:

A) En el dolo, el deceptor infringe los deberes de información mediante un comportamiento activo (transmitiendo una información falsa) u omisivo (no transmitiendo una información que debería haberse comunicado)²⁰⁶². Este último configura el dolo negativo o reticencia dolosa especialmente relevante en sede de infracción de los deberes de información en el que el deceptor o bien no corrige la información inexacta que sabe incorrecta en la que incurre el *deceptus* o bien silencia conscientemente información relevante para la correcta formación de la voluntad contractual del consumidor inmobiliario²⁰⁶³. Dado que en el Derecho de consumo se establece, como hemos visto, el deber de informar e incluso el contenido de dicha información (en materia inmobiliaria expresamente en el RD 515/1989) la reticencia, aplicada a dicho deber, ha permitido objetivar el vicio de la voluntad. En efecto, a diferencia de la Teoría General del Derecho Civil que exige acreditar *ad casum* el *animus decipiendi* o intención de engañar del deceptor y la captación de la voluntad del deceptor²⁰⁶⁴, en la reticencia aplicada a la infracción del deber de informar que impone el derecho consumerista se objetivan dichos requisitos ya que para apreciar dicha reticencia basta la simple ilicitud de la conducta que se cifra en la mera infracción del deber impuesto²⁰⁶⁵. Así todo, numerosa jurisprudencia no acepta dicha objetivación y es bastante restrictiva en la apreciación de dicho vicio²⁰⁶⁶ porque exige probar *ad casum* que dicha venta se llevó a cabo con el propósito de engañar al contratante (*animus decipiendi*)²⁰⁶⁷ si bien, y aunque no aprecien dolo, declaran, en

2062Ya el Digesto 4.3.1.2 definía el dolo al decir: «*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*» (dolo malo es toda astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro).

2063En nuestra doctrina admiten el dolo omisivo o reticencia dolosa, entre otros, DE CASTRO, F.: *El negocio...*, ob. cit. p. 152; DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, ob. cit. pp. 173-174; LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios...* III ob. cit. [20ª ed. 2018], pp. 29-30; LUNA SERRANO, A.: «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, JL *et al.*, *Elementos...*, T. II, vol. 2º [2ª ed. 1987], p. 75; MORALES MORENO, A.M.: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC* 1982-3, pp. 636-638; del mismo autor: «Comentario a los artículos 1269 y 1270», en *Com. Edersa*, T. XVII, Vol. 1º B; QUIÑONERO CERVANTES, E.: «El dolo omisivo» en *RDP* T. 63, enero-diciembre 1979, pp. 345-357; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El dolo in contrahendo», en *RDPatr.* nº 16. Aranzadi. 2006, pp. 43-60. Por su parte, la jurisprudencia admiten dicha modalidad omisiva del dolo, entre otras muchas, la STS de 28/11/1989 (TOL1.731.963) o la SAP Madrid -Secc. 10ª- de 5-11-2014 (TOL4.654.970) con cita de numerosa jurisprudencia.

2064El dolo no se presume y debe probarse por quien lo alega, no pudiendo admitirse por meras conjeturas o deducciones [SAP Madrid -10ª- 25/03/2000, TOL246.148; STS 26/03/2009, TOL1.485.162; SAP Madrid -10ª- de 5-11-2014, TOL4.654.970). En todo caso, sí debe concurrir la intención de engañar (*animus decipiendi*) aunque no es precisa una intención deliberada de engañar sino que basta que se asuma la posibilidad del engaño y la voluntad de aprovecharse de él (GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario al art.1269 del CC», ob. cit. p. 9124) dependiendo la diligencia exigible al *deceptus* de las circunstancias concurrentes, y, sobre todo, de la confianza que le provocó el deceptor» (ibíd. p. 9129).

2065Ibíd. p. 9127.

2066P. ej. en materia de participaciones preferentes y otros productos financieros diversas AP rechazan la existencia de dolo por falta de acreditación del *animus decipiendi*: así, entre otras, SAP Palma de Mallorca -Secc. 5ª- de 02/09/2011 (Roj: SAP IB 1753/2011); SAP Madrid -Secc. 19ª, de 6/04/2011 (ROJ: SAP M 9986/2011); SAP Barcelona - Secc.17ª, de 27/07/2012 [ROJ: SAP B 11575/2012]; SAP Madrid -Secc. 10- de 5-11-2014 (TOL4.654.970). No obstante, existen también sentencias que aprecian la existencia de dolo y así podemos citar la SAP Madrid -Secc. 19ª- de 31/03/2014 (TOL4.232.407); SAP Madrid -Secc. 19ª- de 24/03/2014 (TOL4.232.293); SAP Madrid, Secc. 19ª, 23/12/2013 [TOL4.112.226]; SAP Madrid -Secc. 8ª- 20/10/2015 (TOL5.561.704) SAP Madrid - Secc. 10ª- de 14/10/2015 (TOL5.561.529), SAP Madrid -Secc. 8ª- 06/04/2015 (TOL5.001.212) etc.

2067Como señala LYCZKOWSKA cuando el actor invoca el dolo del demandado normalmente lo hace

ocasiones, al amparo del art. 1101 y 1124 CC la resolución del contrato suscrito entre las partes por defectuosa información prestada por la entidad bancaria²⁰⁶⁸.

Por último, especialmente relevante será el dolo incidental porque, en muchos casos, el consumidor inmobiliario no tendrá interés en anular todo el contrato y tener que devolver el inmueble y, quizá, la cantidad prestada sino simplemente obtener una indemnización de daños y perjuicios (art. 1270.2 CC).

B) En cuanto al error del consentimiento aunque numerosas veces un defecto de información puede llevar al error de quien la precisaba es incorrecta una equiparación absoluta entre ambos conceptos (STS 21/11/2012, TOL2.708.761) si bien, en determinados ámbitos (mercado de valores, productos y servicios de inversión) nuestra jurisprudencia ha señalado que la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (STS 04/07/2017, TOL6.205.928). En todo caso, el error, como el dolo, es invocable en materia inmobiliaria²⁰⁶⁹ y se distingue aquel de este porque en el dolo la ilicitud de la conducta del *deceptor* permite relajar las exigencias de diligencia en el *deceptus* y porque en el dolo no es preciso realizar una exquisita ponderación de la imputabilidad y excusabilidad de las partes para atribuir las consecuencias perniciosas al deceptor ya que la ilícita conducta de este provoca que su interés deba ser sacrificado en razón de su misma ilicitud²⁰⁷⁰. En el error, por contra, es necesario ponderar entre los intereses del que yerra y los -aquí sí- legítimos intereses de la contraparte que quiere sostener la validez del contrato. Por ello, para la invalidez el negocio por error se exige que sea esencial y excusable ya que, en otro caso, el ordenamiento no puede proteger a quien erró²⁰⁷¹. En todo caso, no todo error de una parte por ausencia en la información proporcionada por la otra conllevará una responsabilidad de ésta porque nuestro sistema general de responsabilidad es subjetivo y exige acreditar la culpa (en este caso *in contrahendo*)²⁰⁷².

Como hemos visto, con carácter general, el error para que invalide el consentimiento debe ser, además de esencial, excusable «*esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe*» (STS 17/07/2006,

sin ni siquiera intentar acreditar suficientemente la concurrencia de dicho vicio por lo que no sorprende que la mayoría de las pretensiones que se fundan en dicho vicio sean desestimada por falta de pruebas (LYCZKOWSKA, K.: «Dolo in contrahendo. Análisis de la Jurisprudencia», *ADC* 2009-1, p. 471).

2068SAP Palma Mallorca -Secc. 5ª- 02/09/2011 (Roj:SAP IB 1753/2011).

2069Vide más ampliamente SOLER PASCUAL, L.A.: «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción» *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (Universidad Miguel Hernández)*. Vol. 1. núm. 3-2008, enero 2008, pp. 99-100. En todo caso, es muy frecuente la alegación conjunta o alternativa de ambos vicios -dolo y error- en las demandas.

2070GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario al art. 1269 del Código civil», ob. cit. p. 9123. Como nos enseña DIEZ PICAZO en el caso del dolo estamos ante un acto antijurídico en el que el *deceptus* engañado fue víctima de un acto injusto mientras que en el error dicho vicio puede haber sido espontáneo e incluso puede deberse a culpa de quien yerra. Por ello, aunque donde hay dolo siempre hay error, en la valoración jurídica del error se valora, también, la formación del conocimiento de quien yerra y su culpabilidad o no en dicho error, mientras que en el dolo la valoración jurídica contempla, ante todo, la conducta de quien causa el engaño (en DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...I*, ob. cit. pp. 171-172).

2071El error es esencial si recae «*sobre la sustancia de la cosa que fue objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*» (art. 1266.1 CC) o, en caso de error sobre la persona, «*cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal*» del contrato (art. 1266 II CC). El error es excusable cuando no es imputable a quien yerra y no puede superarse empleando una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe (STS 17/07/2006, TOL995.548).

2072JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: «Los deberes...» ob. cit. p. 2255 n. 3.

TOL995.548). Es preciso, pues, con carácter general para apreciar la diligencia ponderar *ad casum* las cualidades personales de las partes (si son expertos en la materia, si fueron asesorados por un tercero etc.). Sin embargo, esa difícil tarea de análisis casuístico de las cualidades personales de las partes que permite saber si el error era o no vencible se simplifican enormemente cuando se establecen deberes de información objetiva (como es en el caso del derecho de consumo en el que dicha obligación recae siempre sobre el empresario) porque entonces su aplicación no dependerá de una revisión de las circunstancias subjetivas de las partes, lo que permite lograr un alto grado de previsibilidad en las resoluciones judiciales²⁰⁷³. Es decir, los deberes de información objetivos impuestos *ex lege* a una de las partes en cierto modo objetivizan el error (no hay que atender a las circunstancias personales de las partes para decidir sobre la excusabilidad) como ya vimos que objetivizaban el dolo omisivo. Por su parte, según el TS aunque «*el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio*»²⁰⁷⁴, sí permite presumirlo²⁰⁷⁵ y, en todo caso, objetiviza el requisito de la esencialidad del error y el requisito de la excusabilidad²⁰⁷⁶.

Finalmente cabe señalar que, en todo caso, la imputación de la causa de la nulidad por error vicio a una de las dos partes no tiene trascendencia sobre las consecuencias restitutorias de la nulidad, que sólo admite excepción al régimen del art. 1.303 CC en los casos de los arts. 1.305 y 1.306 CC, por lo que, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones de información precontractual, la obligación de restitución de las prestaciones alcanza a ambas partes que deben restituir las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses²⁰⁷⁷.

5.2.3.2.2 La nulidad (relativa) de pleno derecho en caso de incumplimiento del deber de información

Junto a la acción de anulabilidad por dolo o error en el consentimiento existen otras vías para declarar la invalidez del contrato con infracción de los deberes de información. Y, así, una cláusula que omita información puede no solo considerarse abusiva²⁰⁷⁸ o

2073 GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario al art. 1266 del Código civil», ob. cit. p. 1266

2074 STS de 20/1/2014 (TOL4.103.965).

2075 Destaca dicha presunción *iuris tantum*, aunque refiriéndose no tanto a la contratación sobre inmuebles sino sobre instrumentos financieros, entre otros ARSUAGA CORTÁZAR, J.: «Las acciones de nulidad con fundamentos en el error vicio del consentimiento» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, p. 293)

2076 Según nuestra jurisprudencia cualquier infracción de una norma imperativa sobre información a un contratante es esencial, salvo que no guarde relación con la formación de la voluntad para la contratación o resulte irrelevante a tal efecto (GARCIA ANGULO, B.: «Los swaps y su nulidad en la jurisprudencia»). Dicha doctrina es aplicable, al menos en cuanto las obligaciones de información de las entidades financieras, en la contratación de productos financieros complejos y de riesgo por clientes no expertos porque en tales casos «*si no se da esa información y el cliente incurre en error sobre esos extremos sobre los que debió ser informado, el error puede considerarse sustancial, pues recae sobre los elementos esenciales que determinaron la prestación de su consentimiento. Asimismo, en estas circunstancias, el error ha de considerarse excusable y, por tanto, invalidante del consentimiento. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de imparcialidad, exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba*» (STS de 13/11/2015, TOL5.558.055). Reiteran dicha doctrina las SsTS 22/10/2015 (TOL5.558.061); STS 20/11/2015 (TOL5.579.986); STS 10/12/2015 (TOL5.589.688).

2077 Destaca dicha obligación recíproca de restitución la STS 30/11/2016 (TOL 5911063) si bien en un supuesto de nulidad de adquisición de participaciones preferentes. Vide comentarios a esta sentencia en PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *La nulidad contractual...*, ob. cit. pp. 146-148.

2078 Así, p. ej., se ha considerado que la cláusula que señale los metros cuadrados sin especificar si son

aconsejar la aplicación del art. 1289 Cc²⁰⁷⁹, sino que puede solicitarse su nulidad de pleno derecho por incumplimiento, entre otros, del art. 8.d RDL 1/2007, que considera como un derecho básico de los consumidores la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios e incluso la nulidad por la comisión de un delito de estafa²⁰⁸⁰. Actualmente tras la modificación del art. 83.2 RDL 1/2007 y del art. 5.5 LCGC por la Ley 5/2019, de 15 de marzo también puede solicitarse la nulidad de pleno derecho de las «condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores» (art. 83.2 RDL 1/2007)²⁰⁸¹. No obstante, de esta nulidad de pleno derecho del vigente art. 83.2 RDL 1/2007 cabe decir lo mismo que de la nulidad de las cláusulas abusivas de párrafo primero de dicho artículo. Y es que se trataría, en quiebra con el sistema bipartito de nulidades, de una nulidad sin legitimación absoluta (sería una nulidad relativa de pleno derecho porque la legitimación estaría limitada al consumidor), disponible y renunciable. Nos remitimos a lo ya señalado en el estudio de la nulidad de la cláusula abusiva contenida en el art. 83.1 RDL 1/2007.

Obviamente las consecuencias de pedir la anulabilidad por error/dolo o pedirla por abusividad o no transparencia de la cláusula son diferentes porque, como señalaba la STS 8/6/2017 (TOL6.157.454), el control de abusividad de la cláusula no negociada (y, añadimos, el control de transparencia material) conlleva la nulidad de la cláusula, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente percibió por la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error

útiles o contruidos es abusiva porque «*priva al consumidor de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*» (art. 86 RDL 1/2007) ya que le priva del derecho a conocer los metros útiles de la vivienda que le concede el art. 4.3 RD 515/1989. Además, dicha cláusula se traduce en un incumplimiento de los requisitos de transparencia entendiéndose la STS 20.3.2002 (TOL1.878.788) que la inobservancia de dicha norma «*ha de equipararse a una cláusula abusiva que perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al consumidor y con implícita imposición de renuncia a los derechos del consumidor*» (FJ. 5º).

2079En este sentido de aplicar, en pro de un mayor equilibrio de contraprestaciones, el art. 1289 CC al incumplimiento del deber de información en la transmisión de viviendas (aunque con referencia al derogado artículo 13.2 segundo inciso LGCU) vide BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. en «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios» en *Estudios Jurídicos...*, ob. cit. pp. 249 y 253.

2080GOMA LANZON, F.: «El cinco veces nulo negocio de las participaciones preferentes».

2081Nuestra jurisprudencia ha venido defendiendo la doctrina del doble control de transparencia sobre las condiciones generales de la contratación: el control de incorporación (o transparencia formal), y el control de transparencia material. El control de incorporación se fundamenta, principalmente, en los art. 5.5 y art. 7 de la LCGC y en la Directiva 93/13/CEE, por lo que es de aplicación cualquiera que sea el destinatario del contrato -consumidor o no- celebrado con la empresa predisponente. Dicho control exige, para que se consideren incorporadas al contrato, que las condiciones generales sean claras, concretas, sencillas, directamente comprensibles y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Este primer control atiende, por tanto, a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula. Por contra, el control de transparencia material está reservado a contratos en los que el adherente es un consumidor, toda vez que se fundamenta en la regulación contenida en el TRLGDCU y consiste en la exigencia de que el consumidor tenga un conocimiento real de las cargas jurídicas y económicas que le suponen las cláusulas del contrato que va a firmar de forma que «*pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas*» (por todas, y entre muchas otras, STS 28/5/2018, TOL 6.621.258 con cita de numerosa jurisprudencia del TJUE). Por tanto, existirá falta de transparencia material cuando el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración (STJUE 21/12/2016; STJUE -Sala 1ª- de 21/3/2013, apdo. 44); en síntesis, cuando falte información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. La falta de transparencia material no deriva, por tanto, de su oscuridad interna, (gramatical o documental), sino de la insuficiencia de la información que impide al consumidor tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica del contrato y consecuentemente le impide asimismo realizar una comparación fundada entre distintas ofertas (STS 08/06/2017, TOL6.157.454).

afecta a todo el contrato debiendo las partes restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses. También son diferentes los requisitos porque, como dice la misma sentencia, mientras que en la acción de nulidad por falta de transparencia de una condición general «*se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación*» en la acción de anulación por error las circunstancias personales de los contratantes son esenciales para determinar la existencia del error así como, de existir este, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial.

CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anterior, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. La configuración en nuestro texto ordinamental de la invalidez del negocio jurídico carece de rigor conceptual consecuencia de una inexacta terminología legal y de su confusa evolución histórica. Desde una visual epistemológica puede abordarse el estudio de dicha invalidez del negocio jurídico con un pensamiento tópico orientado al problema o con un pensamiento sistemático que aspire a la elaboración de un sistema de invalidez negocial. Pues bien, sin perjuicio de las innegables virtudes del pensamiento tópico la dogmática no puede agotarse en él porque la misión irrenunciable de dicha dogmática es la elaboración de un sistema. La tónica, sin duda, es necesaria pero insuficiente y, en las sociedades que han alcanzado un avanzado grado de civilización y cultura jurídica, acaba conduciendo al sistema porque la propia naturaleza del pensamiento humano exige dar forma unitaria a la dispersión que proporciona el conocimiento sobre problemas.
2. Aceptado, pues, que debe abordarse el estudio de la invalidez negocial principalmente con un pensamiento sistemático, aunque enriquecido con elementos de la tónica, dicho pensar sistemático debe huir de un sistema axiomático, lógico, deductivo, invariable y universal y debe aspirar a ser, de acuerdo con la TCD, un pensamiento sistemático, hermenéutico, analítico, variable y relativo al ámbito objeto de análisis (en nuestro caso al ámbito español). Sin embargo, en nuestro derecho, el sistema expositivo didáctico de nulidades mayoritario es expresión de un paradigmático y criticable sistema axiomático lógico deductivo encarnado en la tesis bipartita o dual de la invalidez. De acuerdo con dicha tesis abrumadoramente mayoritaria en la doctrina las formas de invalidez se restringen exclusivamente a dos: la nulidad absoluta de pleno derecho y la anulabilidad, a las cuales ha de ahorrarse cualquier calificación de invalidez negocial. Ese es su axioma básico, invariable y universal. Así, dicha tesis bipartita sostendrá que, una vez calificada la invalidez como nulidad absoluta o anulabilidad relativa (*tertium non datur*), se deducen en cascada e inexorablemente una serie de elementos que configurarían el régimen jurídico de dichas formas de invalidez constituyendo, por ello, un sistema axiomático deductivo de invalidez. De este modo, de acuerdo con dicha tesis dual de la nulidad si calificamos un contrato como nulo necesariamente habrá que predicarse de él el carácter automático e ipso iure de la nulidad, el carácter absoluto de la legitimación, el carácter declarativo de la sentencia, la imprescriptibilidad de la acción, la insubsanabilidad del vicio, la apreciabilidad de oficio de la nulidad etc... mientras que si lo calificamos como anulable inexorablemente su régimen jurídico será el de ser confirmable, prescriptible y relativo. En la mentalidad bipartita no caben nulidades relativas de pleno derecho ni prescribibles; no caben anulabilidades absolutas. No caben matices, no caben grises: o blanco o negro. O nulo de pleno derecho o anulable. *Tertium non datur*.
3. Dicha concepción dualista de la invalidez ha empezado recientemente a criticarse por un sector, aun minoritario, de nuestra doctrina y a abrirse paso, tímidamente, en la jurisprudencia en lo que supone un intento de poner fin a un sistema axiomático-deductivo de nulidades para dar paso a otro sistema

hermenéutico analítico, variable y relativo al ámbito objeto de análisis que atienda a las necesidades de la vida, a los intereses prácticos en juego y que englobe, dentro de su labor sistematizadora, no solo, recogiendo terminología de la TCD, el texto ordinamental legal, que ya acoge recientemente nuevas formas de invalidez (así, p. ej., los art. 6 LAU, 9 LCGC y 10 de la Ley 3/2007), sino, también y sobre todo, el texto ordinamental judicial (la jurisprudencia de los tribunales) porque es, en dicha jurisprudencia, donde podremos contemplar los matices del caso concreto, de la vida con todos sus colores y, entonces, veremos que la realidad jurídica de la invalidez es más amplia que las dos categorías que recoge la teoría dual de las nulidades y que el texto ordinamental judicial ha recogido toda una rica gama de grises.

4. Este trabajo se limita al estudio de la invalidez del negocio dispositivo sobre inmuebles. Es cierto que la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles ha ido perdiendo fuerza lógica en tiempos modernos al haber surgido muebles con un valor e importancia jamás sospechados. Es cierto que el viejo brocardo «*res mobilis, res vilis*» ha quedado desmentido y que ya no están justificadas las diferentes medidas de protección exigidas en la enajenación de inmuebles con respecto a ciertos bienes muebles. Pero entendemos que dichas afirmaciones son más consideraciones *de lege ferenda* que *de lege lata*. Nuestro CC contiene, en numerosos preceptos, diferentes normas para disponer de los muebles y de los inmuebles siendo más rígido el régimen para enajenar estos que aquellos. Por tanto, es cierto que dicha distinción y mayor exigencia para los inmuebles es criticable *de lege ferenda*, pero mientras el legislador no derogue las diferentes normas aplicables a uno u otro bien es obligado analizar los requisitos diversos que rigen, en ocasiones, la transmisión de cada clase de bien.
5. Para abordar el problema de la invalidez del negocio dispositivo sobre inmuebles hemos recurrido a la sistemática que nos proporciona la TCD con su tripartición en teoría formal del derecho (sintaxis jurídica), teoría de la dogmática jurídica (semántica jurídica) y teoría de las decisiones jurídicas (pragmática jurídica). Al plano de la sintaxis lo que le interesa no es cuál debería ser el valor-concepto de nulidades, ni tampoco el significado concreto que un ordenamiento adscribe a dicho valor-concepto, sino tan sólo qué se entiende por nulidades en sí mismo en cuanto concepto meramente formal aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles presentes o pretéritos. ¿Es imprescindible conceptualmente que el sistema de nulidades sea bipartito y que responda a un sistema axiomático-deductivo o han existido históricamente otros sistemas de nulidades no duales? Para resolver esta cuestión ha sido imprescindible recurrir al estudio de la historia de las nulidades; de los ordenamientos pretéritos. Al plano de la semántica lo que le interesa es la concreción que un ordenamiento jurídico determinado otorga al valor-concepto de invalidez y nulidad (concepto dogmático o jurídico-positivo); lo que le interesa, por tanto, es qué formas de invalidez reconoce el derecho español vigente. Y, finalmente, al plano de la pragmática lo que le interesa es el aspecto axiológico; cuál debería ser el valor-concepto de nulidad y, en definitiva, lo que se pregunta es si es más justo el sistema bipartito o deben admitirse formas atípicas de invalidez.
6. Comenzando con el examen de la invalidez del título dispositivo desde una perspectiva formal y sintáctica es preciso analizar si, conceptualmente, no caben otras categorías intermedias dentro de la invalidez que no sean la nulidad absoluta y la anulabilidad o si, por el contrario, dicha concepción dual no es sino

una creación de una determinada escuela jurídica, la Pandectística, pero no una condición necesaria de las categorías de invalidez. Y, así, analizando la evolución que las diversas formas de invalidez tuvieron en derecho romano observamos como junto a la figura de la nulidad absoluta y a la figura de la nulidad relativa provocada, dicho derecho también conoció la nulidad relativa de pleno derecho por cuanto existían supuestos de nulidad radical del negocio que sólo podía acusarla el que la sufrió como fue, entre otros, el supuesto del negocio concluido con error del consentimiento, la *manumissio in fraudem creditorum* y la *donatio inter cónyuges* muerto el cónyuge donante. Por otro lado, en Derecho Romano los caracteres clásicos de la nulidad absoluta admitían numerosas excepciones y así, p. ej., la insubsanabilidad de la nulidad cuenta en Roma con numerosas excepciones que se daban en la práctica y ello porque los romanos no consideraban como un dogma incuestionable la imposibilidad de convalidar el negocio nulo. Asimismo, dicho derecho romano en determinados supuestos admitió que el acto nulo por no reunir los requisitos específicos de un determinado tipo pudiera producir sus efectos mediante la conversión o transformación en otro acto.

Vemos pues que, desde una perspectiva formal y sintáctica aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles presentes y pasados, es conceptualmente posible formas de invalidez distintas de la nulidad absoluta insubsanable y de la anulabilidad provocada. Y, así, conoció el derecho romano nulidades relativas de pleno derecho (que excepcionaban el carácter absoluto de la legitimación) o nulidades absolutas subsanables. No obstante, y olvidando dichos matices flexibilizadores del derecho romano que decía querer sistematizar, la Pandectística alemana del SXIX, escuela formalista que representa la expresión más acabada de la tradición jurídica occidental y constituye, sin duda, la columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno, distinguió conceptualmente solo dos formas de invalidez, la nulidad y la anulabilidad, atribuyendo un régimen jurídico nítido y diverso a cada una de dichas formas en relación a las grandes cuestiones de legitimación -absoluta en la nulidad y limitada a la persona protegida en la anulabilidad-, convalidación -no convalidable ni confirmable en la nulidad y convalidable y susceptible de confirmación en la anulabilidad-, prescripción -imprescriptible la nulidad; prescriptible la anulabilidad- etc. Concepción bipartita de las nulidades que llegará hasta nuestros días dado que, al iniciarse el movimiento codificador en España, y ante la gran confusión e imprecisión terminológica que existía en nuestra doctrina, jurisprudencia y legislación precodicial, se adoptó por los primeros comentaristas del Cc y los mejores tratadistas del SXX dicha concepción dual, dicho sistema axiomático deductivo.

7. Cuestión nuclear al abordar conceptualmente el problema de la invalidez es determinar si se trata de una categoría necesaria dentro de la más amplia categoría de la ineficacia. La distinción entre invalidez e ineficacia procede del principal representante de la Pandectística (Windscheid) y fue recogida con claridad por la doctrina italiana. Desde entonces mientras un importante sector de la doctrina clásica suele distinguir, dentro de la ineficacia en sentido general, dos categorías: la invalidez y la ineficacia en sentido estricto, otro sector igualmente relevante considera que tal distinción no es admisible no sólo por la arbitrariedad de la terminología, sino sobre todo porque en la mayor parte de los casos en que se habla de ineficacia en sentido estricto no la hay, sino, por el contrario, expresión más cumplida de la eficacia. En todo caso, nosotros nos

inclinamos por distinguir dentro de la ineficacia *amplio sensu* la invalidez y la ineficacia *stricto sensu* no sólo por cuestiones de claridad clasificatoria sino, sobre todo, porque los problemas que plantea la falta de validez del título son distintos que los que plantea el título válido que después se ve privado de sus efectos y porque negar la autonomía conceptual de la invalidez disolviéndolo en el más amplio de ineficacia tiene el enorme inconveniente de que deja sin explicar importantes fenómenos de nuestro Derecho privado que presupone la distinción entre invalidez e ineficacia como son los relativos al ámbito legitimador de la usucapión abreviada de inmuebles o la convalidación de situaciones registrales que contienen los arts 34 y 35 LH. Por todo ello, nos parece que debe sostenerse la diferencia entre invalidez y otras ineficacias no sólo por la existencia de títulos nulos que producen efectos en atención a la seguridad del tráfico (como el supuesto del art. 34 LH y de los casos en que la usucapión corta sana, excepcionalmente y en nuestra opinión, defectos de nulidad radical del título) y de títulos inexistentes por ausencia de verdadero consentimiento pero plenamente eficaces (como los supuestos de reserva mental), sino también porque conviene y es útil separar, a efectos meramente clasificatorios y pedagógicos, pero sin llevar la distinción a excesos conceptualistas, la invalidez de la ineficacia *stricto sensu*. En conclusión, todo contrato inválido es ineficaz o presenta anomalías en su eficacia, pero, en cambio, hay contratos ineficaces plenamente válidos (p. ej. los contratos rescindibles) e incluso hay contratos inexistentes por ausencia del requisito esencial del consentimiento (así, los supuestos de reserva mental) plenamente eficaces.

8. El contenido de la categoría de invalidez debe depurarse excluyendo de ella la figura de la inexistencia, la figura de la rescisión y, por último, los contratos ilegales. Debe excluirse de la invalidez la categoría jurídica de la inexistencia que es una construcción artificiosa de la doctrina francesa por ser actualmente innecesaria, al admitirse la nulidad virtual, e inútil, ya que no produce consecuencias jurídicas mayores que la nulidad absoluta. En segundo lugar, debe excluirse de la invalidez la rescisión que no es un supuesto de invalidez del negocio porque los contratos rescindibles son contratos plenamente válidos, aunque ineficaces hasta el punto de que puede afirmarse que la nulidad y la anulabilidad son las formas típicas de la ineficacia de los contratos inválidos y, por contra, la rescisión es la forma típica y peculiar de ineficacia de los contratos válidos. Y, por último, deben excluirse de la categoría de la invalidez los contratos ilegales del art. 6.3 CC y ello porque el control que realiza dicho precepto no es un control estructural de validez del negocio sino un control funcional de colisión de un negocio válidamente conformado en sus elementos estructurales (consentimiento, objeto y causa) con la legalidad normalmente administrativa; es decir son contratos válidos, aunque, a veces, ineficaces.
9. Una vez realizada la depuración de la categoría de invalidez por exclusión (excluida, en síntesis, la inexistencia, los contratos rescindibles y los contratos ilegales del art. 6.3 CC) debemos depurar la categoría de la invalidez por inclusión. Así, tras criticar la tesis bipartita de la invalidez por sus resultados, por su dificultad de encajar todos los supuestos de invalidez, por su carácter inexorable, por sus fundamentos teóricos así como por el dogma de la imprescriptibilidad de la acción declarativa de nulidad sobre el que se asienta, formulamos en esta obra una propuesta flexible de las formas de invalidez que admita no solo excepciones a determinados requisitos de los regímenes clásicos

de invalidez (existiendo nulidades radicales convalidables, prescribibles; o anulabilidades absolutas etc.) sino también formas atípicas de invalidez. En efecto, en cuanto a las excepciones a alguno o varios de los requisitos de las formas tradicionales de invalidez, tanto el texto ordinamental legal (así, entre otros, art. 6 LAU, art. 9 LCGC, art. 10 de la Ley 3/2007) como los textos ordinamentales judiciales (la jurisprudencia del TS y del TJUE) flexibilizan, en algunas ocasiones, y directamente excepcionan, en otras, determinados requisitos de las formas tradicionales de invalidez configurando nulidades atípicas híbridas que tienen algunas características que le acercan a la nulidad absoluta y otras que la asemejan a la anulabilidad. Junto a dichas excepciones a todos o algunos de los requisitos de las formas tradicionales de invalidez (de la nulidad absoluta de pleno derecho y la anulabilidad relativa provocada) también cabe hallar en nuestro texto ordinamental legal y judicial otras formas de invalidez entre las que destacan, sin pretensiones de exhaustividad, la nulidad relativa de pleno derecho cuya expresión legal más relevante, aunque no la única, son los arts 8 y 9 LCGC y la anulabilidad absoluta que es una invalidez absoluta provocada y sanable que encuentra su más relevante manifestación en sede matrimonial y testamentaria.

10. Analizada la invalidez del título dispositivo desde una perspectiva formal y sintáctica es preciso analizar, desde una perspectiva dogmática o semántica, si por un lado el texto ordinamental español únicamente prevé dos formas de invalidez (la nulidad absoluta de pleno derecho y la anulabilidad relativa provocada) o, por contra, existen formas intermedias, y, por otro lado, qué tipo de invalidez corresponde en nuestro derecho a cada negocio jurídico inválido. Para dicho estudio hemos distinguido tres planos: la invalidez estructural del negocio dispositivo intervivos, oneroso y gratuito, no sujeto la legislación consumerista, la ineficacia funcional del negocio dispositivo intervivos y la invalidez del negocio dispositivo sobre inmuebles en el ámbito consumerista.
11. En cuanto la invalidez estructural del negocio dispositivo intervivos no sujeta la legislación consumerista, se ha analizado, siguiendo la teoría del título y modo que adopta nuestro Cc en materia de transmisión del dominio (art. 609.2 Cc), tanto la invalidez por defectos de título como la invalidez por defectos del modo. En cuanto a la invalidez por defectos de título a su vez se ha distinguido, siguiendo los elementos marcados por el art. 1261 Cc, la invalidez por anomalías en el objeto del contrato (donde la carencia absoluta de objeto o la ilicitud del mismo determinan la nulidad absoluta de pleno derecho del contrato), la invalidez por anomalías en la causa (donde, a nuestro entender, habrá nulidad absoluta de pleno derecho en el supuesto del art. 1305.1 CC -nulidad del contrato por ilicitud causal por delito o falta común a ambos contratantes-, y nulidad relativa de pleno derecho en el supuesto del art. 1305.2 CC -nulidad del contrato por ilicitud causal por delito o falta solo de uno de los contratantes- y del art. 1306.2 CC -nulidad del contrato por causa inmoral sólo de un contratante-) y la invalidez por anomalías del consentimiento.

Este último aspecto, la invalidez por anomalías del consentimiento, ha merecido un tratamiento más detenido porque, en dicho elemento nuclear, están comprometidos dos aspectos fundamentales diferenciados, el relativo a la capacidad para consentir y el relativo a la efectiva prestación del consentimiento. Para abordar el problema relativo a la capacidad ha sido preciso exponer la problemática de la persona, de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica

y de obrar. En cuanto a la persona, cuestión esencial del Derecho civil, tras analizar los antecedentes históricos de dicho concepto nos inclinamos decididamente por analizar dicha cuestión de acuerdo con la sistemática que nos proporciona la TCD con su tripartición en teoría formal del derecho (sintaxis jurídica), teoría de la dogmática jurídica (semántica jurídica) y teoría de las decisiones jurídicas (pragmática jurídica). Así, desde un punto de vista de sintaxis jurídica considero que la condición jurídica de persona es siempre una atribución del ordenamiento porque desde un plano formal (aplicable a todos los ordenamientos jurídicos posibles pasados, presentes o futuros) han existido ordenamientos que han negado a determinados hombres la condición jurídica de personas sin que por ello dichos ordenamientos perdieran su juridicidad; no por ello dejaron de ser ordenamientos jurídicos porque la juridicidad no reside en la justicia sino en su coercibilidad o, más exactamente, en la existencia de normas deónticas de ejecución coercibles. Desde un punto de vista de semántica jurídica, interesada en quiénes son personas para el derecho español vigente, todos los seres humanos nacidos son jurídicamente personas si bien de nuestro texto ordinamental judicial (principalmente de las SsTC y STJUE) cabe deducir que no cabe atribuir, en derecho español vigente, la condición jurídica de persona a los no nacidos: es decir, ni al *concepturus* ni al *nasciturus*. Y, por último, desde un plano de la pragmática jurídica, interesada en resolver axiológicamente el problema de quiénes deben ser personas, consideramos que todo ser humano, nacido o concebido, debería ser considerado jurídicamente persona siendo radicalmente injusto (jurídico sí, justo no) privar al *nasciturus* del derecho a la vida. Similar análisis realizamos, siguiendo dicha tripartición del problema de la capacidad jurídica, perfectamente diferenciable de la capacidad de obrar, que consideramos que formalmente es siempre una atribución del derecho, semánticamente se atribuye por el derecho español a todo ser humano nacido y axiológicamente debería reconocerse a todo ser humano con independencia del momento de su formación biológica.

12. Capacidad e invalidez en los negocios dispositivos onerosos intervivos sobre inmuebles. Analizada como cuestión previa la persona (con la problemática del *nasciturus*) y la capacidad jurídica procede analizar, ya desde un plano semántico centrado en el ámbito jurídico español, los diversos supuestos concretos de capacidad e invalidez en los negocios dispositivos onerosos intervivos sobre bienes inmuebles. Desde un plano semántico el análisis de la invalidez de los diversos negocios onerosos sobre inmuebles exige no solo una interpretación del texto ordinamental, judicial y legal, sino también la aplicación del principio de conservación del negocio (siendo preferible, si se puede salvar el negocio, la validez a la invalidez y dentro de la invalidez, si no puede salvarse el contrato, aquellas formas más atenuadas de la misma) y atender, por último, a los intereses públicos o privados en juego.

Así, en primer lugar, desde una visual semántica que atiende al texto ordinamental (legal y judicial) español vigente ni el *concepturus*, ni el superpóstumo ni el *nasciturus* tienen personalidad jurídica civil ni son jurídicamente personas por lo que quienes legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento no podrán comprar ni vender bienes, muebles o inmuebles, en representación del *concepturus* o *nasciturus* porque no son sus representantes y porque ni el *concepturus*, ni el *nasciturus*, tienen una personalidad jurídica civil que les permita ser titular de bienes. Por tanto, si un sujeto pretende representar a un *concepturus* o *nasciturus* su actuación puede

equipararse a la del representante que actúa en nombre de un sujeto que no le ha transferido la representación o la del que se excede del ámbito de representación concedido por la Ley o por la voluntad y en dichos casos el CC (arts.1259.2, 1725 y 1727. 2 CC) establece que el representado no queda vinculado con el tercero sino sólo quien se arroga ilegítimamente la condición de «representante».

En los demás supuestos analizados y conjugando el análisis de los textos ordinamentales, los intereses en juego y el principio *favor contractus* hemos visto que en nuestro derecho privado existen supuestos absolutamente excepcionales de nulidad absoluta de pleno derecho así como supuestos, más frecuentes, de nulidad relativa atípica de pleno derecho y de anulabilidad relativa provocada (los supuestos de anulabilidad absoluta entendemos que se encuentran limitados al ámbito testamentario y matrimonial). Así, supuestos absolutamente excepcionales de nulidad absoluta de pleno derecho los encontramos en las enajenaciones realizadas por la JC sin cumplir los requisitos legales, en los supuestos de carencia absoluta de objeto o ilicitud del mismo y en los casos de nulidad del contrato por ilicitud causal por delito o falta común a ambos contratantes. Nulidades ratificables del art. 1259 Cc las encontramos en los contratos celebrados por mandatario sin poder de representación suficiente que se trataría, según la doctrina mayoritaria, de un negocio jurídico imperfecto, incompleto o en vías de formación, aunque, en nuestra opinión, sería un supuesto de nulidad atípica. Supuestos de invalidez relativa atípica de pleno derecho, prescribible y susceptible de convalidación voluntaria (de renuncia voluntaria a la acción de nulidad) los encontramos en las enajenaciones de inmuebles realizadas por los padres/tutores/curadores en nombre de los menores no emancipados/discapacitados sin la autorización judicial exigida por el art. 166 o 287 Cc; en las enajenaciones de inmuebles realizadas por personas con discapacidad; en determinados supuestos de autocontratación inmobiliaria a título oneroso con infracción del texto ordinamental; en las enajenaciones de inmuebles realizadas por el representante del ausente con infracción del art. 186 CC; en las enajenaciones de un activo esencial por una SL sin el previo acuerdo de la Junta General que exige el art 160 f. LSC; en las enajenaciones realizadas por un ente eclesiástico con infracción de un requisito canónico de validez y en los supuestos de invalidez del contrato por ilicitud causal por delito o falta solo de uno de los contratantes o de invalidez del contrato por causa inmoral sólo de un contratante. Por último, supuestos de anulabilidad relativa provocada podemos hallarlos en nuestro derecho en las enajenaciones de inmuebles por el menor emancipado con infracción del complemento de capacidad que prevé el art. 247 Cc; en los actos realizados por el concursado con infracción de las limitaciones señaladas para el régimen de intervención o sustitución; en los actos a título oneroso realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando estén casados en régimen de gananciales y en la venta realizada por la Comunidad de Propietarios sin cumplir los requisitos de unanimidad fijados en la LPH.

13. Capacidad e invalidez en los negocios dispositivos gratuitos intervivos sobre inmuebles. En los negocios a título gratuito sobre inmuebles obviamente también debemos analizar, sobre todo, el texto ordinamental y después los intereses públicos o privados en juego. Pero aquí el principio de conservación del negocio ya no juega con la misma intensidad que en los negocios onerosos. En efecto, en materia de invalidez, los negocios dispositivos gratuitos intervivos sobre bienes inmuebles presentan especialidades respecto a los negocios a título

onerosos porque si bien en estos últimos rige el principio de conservación del negocio jurídico, por lo que la figura de la nulidad absoluta insubsanable de pleno derecho debe ser absolutamente excepcional, en los contratos gratuitos no rige dicho principio con la misma intensidad y cabe sostener el agravamiento con carácter general de la sanción de invalidez ya que la gratuidad del título de adquisición hace al tercero, donatario, que no ha realizado ningún sacrificio patrimonial menos digno de tutela que al adquirente a título oneroso que sí ha realizado dicho sacrificio y que, por ello, puede verse más perjudicado por una invalidez absoluta o relativa de pleno derecho del negocio. Por todo ello, con relación a los contratos gratuitos la invalidez de pleno derecho será la norma general y no la excepción si bien dicha nulidad de pleno derecho del contrato, y a la vista de los intereses particulares en juego, no será tanto la nulidad absoluta insubsanable de pleno derecho cuanto la nulidad relativa convalidable de pleno derecho porque si el interés jurídicamente protegido es el de un determinado sujeto y este dice que la donación vale la misma debe valer debiendo admitirse que dicho sujeto afectado pueda disponer de dicho interés privado renunciando, transigiendo, dando por bueno el acto gratuito o simplemente no ejercitando la acción de nulidad.

Así, en primer lugar, desde una visual semántica que atiende al texto ordinamental (legal y judicial) español vigente ni el *concepturus* ni el superpóstumo ni el *nasciturus* tienen personalidad jurídica civil ni son jurídicamente personas pero si bien la doctrina casi unánime niega la posibilidad de donaciones directas a favor del *concepturus*, por contra el *nasciturus* aunque no puede ser donante porque carece, por disponerlo así el art. 29 y 30 del CC, de personalidad jurídica civil puede ser, por permitirlo así el art. 627 Cc, donatario. En los demás supuestos analizados y conjugando el análisis del ordenamiento y los intereses en juego consideramos que existirá en los supuestos de invalidez casi siempre una nulidad relativa convalidable de pleno derecho. Así, existirá dicha forma de invalidez en las enajenaciones a título gratuito de inmuebles por los padres sin autorización judicial; en la donación de inmuebles por mandatario sin poder para ello y también, a nuestro juicio, y aunque la doctrina tradicional lo considera una nulidad absoluta de pleno derecho, en la donación de bienes inmuebles gananciales realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro. Asimismo, y frente a la doctrina casi unánime que entiende que existe nulidad absoluta de pleno derecho de la donación disimulada de inmuebles bajo forma de escritura de compraventa con infracción del requisito de forma del art. 633 Cc, considero que se trata de una nulidad relativa atípica de pleno derecho insubsanable porque no están en juego intereses públicos sino privados por lo que solo deberían poder invocar la nulidad el donante y, en su caso, sus acreedores y legitimarios y porque la teoría de la nulidad absoluta desde una visual bipartita obliga a reconocer inexorablemente legitimación activa a los herederos voluntarios (como interesados que son) y ello supondría, vulnerar la verdadera voluntad del testador/donante. Como excepción a la norma general expuesta de nulidad relativa de pleno derecho de los contratos gratuitos sobre inmuebles realizados con infracción del texto ordinamental, en caso de donación por un concursado de inmuebles el tipo de invalidez será, si atendemos a la LC, la anulabilidad, pero no han faltado opiniones que consideran que en el caso de donaciones quizá fuera preferible la nulidad de pleno derecho porque, en estos casos, en la ponderación de intereses entre el tercero donatario y los acreedores del concursado parece preferible la defensa de los intereses de estos más vigorosamente (al modo que se hace en sede de gananciales en art. 1378 CC

frente al art. 1377 CC) que si el acto de disposición fue a título oneroso.

14. La ineficacia funcional del negocio dispositivo intervivos desde un punto de vista dogmático se regula en el art. 6.3 CC y aunque formalmente se denomina «nulidad de pleno derecho» es conceptualmente distinta de la nulidad de pleno derecho derivada de defectos estructurales del negocio. El TS, al interpretar el art. 6.3 CC, ha huido de una interpretación literal y rígida interpretando dicho precepto de un modo flexible y prudente atendiendo a la naturaleza de la norma prohibitiva contravenida y al grado de contravención o disconformidad del acto, declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándolo con la nulidad si median trascendentales razones que patencen al acto como gravemente contrario, en atención a la finalidad de la norma vulnerada y a los intereses que se componen en el contrato, al respeto debido a la ley, la moral o el orden público. De hecho, la sanción de nulidad absoluta del art. 6.3 CC será el último recurso del derecho civil, un criterio residual subsidiario y antes de declararla siempre se debe intentar salvar la eficacia del acto (*favor negotii*) de modo que no se acordará dicha sanción radical si puede realizarse el resultado perseguido por la norma infringida y restablecerse la legalidad con la aplicación de la sanción específica prevista en la norma infringida (penal, administrativa o civil) o en su *ratio*. De este modo, en lo que se ha venido a denominar el «juego de los tácitos», puede acordarse, en los casos de ineficacia funcional del negocio, la nulidad, aunque la norma vulnerada no la determine expresa y textualmente (nulidad tácita) y puede acordarse un efecto distinto a la nulidad e incluso la validez, aunque la norma no prevea expresamente la misma (validez tácita).
15. La invalidez del negocio jurídico dispositivo sobre inmuebles en el ámbito consumerista desde una perspectiva dogmática o semántica presenta especialidades con relación a los negocios no sujetos a dicha legislación. En el ámbito del derecho de consumo existen junto a supuestos de ineficacia *stricto sensu* (desistimiento unilateral y resolución del contrato por el consumidor) supuestos de invalidez específicos en los que hemos centrado este trabajo: la invalidez de las cláusulas abusivas y la anulabilidad por defecto de forma y por vicios del consentimiento.

La invalidez de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre empresarios y consumidores sujetos al TRLGDCU presenta dos problemas diferenciados: el problema del tipo de invalidez de la cláusula abusiva y el problema del tipo de invalidez de todo el contrato cuando este no pueda subsistir sin la cláusula abusiva nula: En cuanto al primero de dichos problemas, la ineficacia de la cláusula abusiva, la doctrina casi unánime considera que la ineficacia de la cláusula abusiva es una nulidad parcial de pleno derecho, pero esta afirmación realizada sin los correspondientes matices quiebra, con relación a los caracteres clásicos de la nulidad radical, por varios motivos en el derecho de consumo: por la restricción de la legitimación activa prevista en el TRLGDCU, por la disponibilidad de la forma de invalidez reconocida por el TJUE, así como por la renunciabilidad de la nulidad de pleno derecho en el ámbito del derecho de consumo. Por todo ello, consideramos, a la vista de dichos motivos y a la vista de la apreciabilidad de oficio por jueces, notarios y registradores (cada uno con diferente extensión) de dicha forma de invalidez, del carácter imprescriptible de la acción declarativa de condiciones generales así como los intereses en juego que se trata de una nulidad atípica relativa y parcial

de pleno derecho que se aleja de los caracteres de la nulidad clásica por su legitimación restringida, la disponibilidad y la renunciabilidad de la forma de invalidez. En cuanto al segundo de los problemas anunciados, la ineficacia de todo el contrato cuando este no puede subsistir sin la cláusula nula, si bien con anterioridad a la redacción actual del art 83 TRLGDCU dos importantes sectores doctrinales -minoritarios- defendieron que se trataba de supuestos que la doctrina clásica englobaría dentro de la ineficacia *stricto sensu* (la resolución y la rescisión) actualmente la doctrina casi unánime considera que cuando todo el contrato es ineficaz por no poder subsistir sin la cláusula nula todo el contrato es nulo de pleno derecho.

16. Las infracciones de los deberes de información en sede de contratos de consumo pueden abordarse desde diversas instituciones siendo la más importante, por su trascendencia en la práctica judicial, la anulabilidad por error provocado y dolo reticente cuando la información recaiga sobre alguno de los elementos esenciales del contrato. No obstante, junto a la acción de anulabilidad por dolo o error en el consentimiento existen otras vías para declarar la ineficacia del contrato con infracción de los deberes de información. Unas de ellas, como la resolución, son vías de ineficacia *stricto sensu*; otras de invalidez. En cuanto a estas últimas una cláusula que omita información puede no solo considerarse abusiva o aconsejar la aplicación del art. 1289 Cc, sino que puede solicitarse su nulidad de pleno derecho por incumplimiento del art. 8.d RDL 1/2007 e incluso la nulidad por la comisión de un delito de estafa. Y actualmente, tras la modificación del art. 83.2 RDL 1/2007 y del art.5.5 LCGC por la Ley 5/2019, puede solicitarse la nulidad de pleno derecho si se tratase de condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores. No obstante, de esta nulidad de pleno derecho del vigente art. 83.2 RDL 1/2007 cabe decir lo mismo que de la nulidad de las cláusulas abusivas de párrafo primero de dicho artículo. Y es que se trataría, en quiebra con el sistema bipartito clásico de nulidades, de una nulidad sin legitimación absoluta (sería una nulidad relativa de pleno derecho porque la legitimación estaría limitada al consumidor), disponible y renunciable. Es decir, de una nulidad parcial, relativa y atípica de pleno derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL FABRE, J., COBO OLVERA, T. y GUTIERREZ JULIAN, F.J.: *El sistema de compensación urbanística. Una visión a través de la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia*. Ed. Wolters Kluwer, 4ª ed. Barcelona, 2014.

AGUILAR RUIZ, L. y PIZARRO MORENO, E.: *Derecho de Familia*. Editores LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. y VALPUESTA FERNÁNDEZ R. Coord. PIZARRO MORENO, E y PÉREZ VELÁZQUEZ, JP. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2015.

AGUILERA Y VELASCO, A.: *Colección de Códigos europeos y americanos. Código Civil Italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. trad. AGUILERA Y VELASCO, A.. Ed. Librería Universal de Córdoba y Compañía. Madrid, 1881.

ALBALADEJO GARCÍA M.: «La representación» en *ADC 1958-3*, pp.767-803.

- «Ineficacia e invalidez del negocio jurídico» en *Separata de la Revista de Derecho Privado*. Madrid. julio-agosto de 1958 pp. 3-46.
- «La nulidad de la donación con cláusula de reversión, a favor del donante, si ésta no guarda la debida forma solemne» en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Ed. Univ. de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1989 pp. 1-11.
- *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Sexta edición. Ed. Bosch. Barcelona 1994 y Octava edición 1997.
- «La nulidad de los préstamos usurarios» en *ADC 1995-1*. Vol. 48 pp. 33-49.
- *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*. EDERSA. Actualidad civil, separata- Madrid 1998.
- *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. 15ª ed. Ed. JM Bosch. Barcelona 2002.
- «Comentario al artículo 627 CC» en *Comentarios Edersa* consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-627-254120>.
- «Comentario al artículo 1949 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil. T. XXV - Vol. 1º, Artículos 1930 a 1960 del Código Civil*. Manuel Albaladejo, Silvia Diez Alabart (Dir.) Ed. EDERSA, consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-255397>.
- «Comentarios a los artículos 1.952 a 1.954» en *Comentarios al Código Civil T. XXV-Vol. 1º*. Ed. EDERSA, consultado en <http://vlex.com/vid/articulos-1-255399>.

ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S.: *La donación*. Ed. CORPME. Madrid. 2006.

ALBERRUCHE DIAZ-FLORES, Mª. M.: *La rescisión por lesión en el derecho civil español*. Ed. La Ley. 1ª edición. Madrid. 2010.

ALBERT MÁRQUEZ, J.J.: «Fundamentos de la Teoría de la ley y de la justicia en el iusnaturalismo clásico y en la Teoría Comunicacional del Derecho» en *Ordenamiento y el sistema en el derecho* Dir: MEDINA MORALES, D. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018, pp. 175-197.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: «La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?» en *RADP* nº 8. Pamplona. 2002, pp. 69-104.

- «Comentario al art 624 del Código civil» en *Comentarios al Código civil* T. IV Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 4788-4795.
- «La repercusión de la nulidad "dentro" y "fuera" del contrato» en *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato. Cuadernos de derecho judicial*. Dir. FERRANDIZ GABRIEL, J.R. Ed. CGPJ. Madrid 1994, pp. 61-111.
- «Comentarios a los arts. 625- 628 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, t. IV. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 4796-4808.
- «Comentarios a los arts. 632- 633 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil*, t. IV. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pp. 4817-4836.

ALDANONDO SALAVERRIA, I.: «La enajenación de bienes de los institutos de vida consagrada. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27-II-1997)» en *Revista Española de Derecho Canónico*. 1999, vol. 56, nº. 146, pp. 177-202.

ALFARO AGUILA REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Ed. Civitas. 1ª ed. Madrid. 1991.

- El nuevo artículo 160 f) LSC» en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/02/el-nuevo-articulo-160-f-lsc.html>
- «Y más sobre el art. 160 f) LSC» en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/06/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc.html>

ALISTE SANTOS T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Ed. Atelier. Barcelona. 2011.

ALONSO PÉREZ, M.: «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», en *RDP* Vol. 57, Nº. 1 enero 1973, pp. 7-39.

- «Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el "Derecho civil de España"» en *ADC* 1983-4. Vol. 36, pp. 1117-1128.

ALTHUSIUS, J.: *Iurisprudentia romana methodice digesta: libri II. Dicaeologicae Romanae*, consultado en http://www.prdl.org/author_view.php?a_id=1014.

ALVAREZ LATA, N.: *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2004.

ALVAREZ MORENO, M.T.: «La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: Compraventa y arrendamiento de vivienda» en *RDP*, año nº 93, nov.- dic. 2009 Ed. Reus. Madrid, pp. 3-48.

- «Comentario al artículo 323 del Código civil» en *Comentarios al Código civil* T. II Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 2613-2637.

- *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general: normas imperativas y pactos al respecto*. Ed. Reus. Madrid. 2015.
- «Compraventa de bienes inmuebles» en *Manual de derecho de consumo*, DÍAZ ALABART, S. (coord.), DIAZ ALABART, S. y CARRANCHO HERRERO, M^a.T. (Dirs). Ed. Reus. Madrid, 2016, pp. 137-146.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S y SÁNCHEZ SANTIAGO, J.: «La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC» en *Diario La Ley*, n^o 8546, Sección Doctrina, 25/5/2015.

AMOROS GUARDIOLA, M.: «Comentario a los artículos 6.2, 6.3 y 6.4 del Código civil» en *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos. Madrid 1977. Artículo recogido y consultado en AMOROS GUARDIOLA, M.: *Estudios Jurídicos*. T III. Ed: Colegio de registradores. Madrid 2009 (pp. 9 y ss.).

- *Comentarios a la reforma del Código civil: el nuevo título preliminar del código y la ley de 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos. Madrid. 1977.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. Tecnos. Madrid. 1986.

ANDERSON, M.: *Las donaciones onerosas*. Ed: CORPME. Madrid. 2005.

- *Derecho de Familia*. Coord. VILLAGRASA ALCAIDE, C. Ed. Bosch. Barcelona. 2011.

ANDRADES RIVAS, E.: «La ciudadanía romana bajo los Severos» en *Revista de estudios histórico-jurídicos* n. 31 Valparaíso. Chile, 2009, pp. 87-123.

APARISI MIRALLES, A.: «La noción de persona y la teoría comunicacional del Derecho» en *Comunicación, lenguaje y derecho. Contribuciones a la teoría comunicacional del derecho* (e-book). Coords. ROBLES MORCHÓN, G. y ORTIZ BOLAÑOS, L. Ed: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. 2018.

- «La aportación de la teoría comunicacional del derecho al problema de la relación entre las nociones de ser humano, sujeto jurídico y persona: algunas consideraciones» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. Coords. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 125-140.

ARAMBURO Y MACHADO, M.: *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la Filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España*. Ed. Reus, 2^a ed. Madrid, 1931.

ARANDA RODRIGUEZ, R.: *La representación legal de los hijos menores*. Ed. BOE y Univ. Carlos III. Madrid. 1999.

ARANGUREN URRIZA, F.J.: «Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada» en *VVAA Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*. Coord. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. Ed. CGN, Madrid, 2008, pp. 101-140.

- «El notario y los controles de transparencia y abusividad en préstamos hipotecarios con consumidores» en *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. HORNERO MÉNDEZ, C., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (dirs.) y MURGA FERNÁNDEZ, J.P. (coord.). Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2016, pp. 111-141.

ARIAS BONET, J.A. «Estipulaciones a favor de tercero en los Glosadores y en las Partidas» en *AHDE* 34, 1964, pp. 235–248.

ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: *Derecho Romano I*. 16ª edición. Edit. Rev. Derecho Privado. Madrid. 1981.

ARIAS RAMOS, J.: «La doctrina de la “conventio” y el origen de la hipoteca romana», en *Revista de Derecho Privado*. 1943, año 27, nº 313, pp. 213 a 223.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L.: *La causa y su operatividad en tema de atribuciones*. Ed. Univ. de Sevilla, Secretariado de Publicaciones. Sevilla. 1999.

ARNAIZ EGUREN, R.: *Registro de la propiedad y urbanismo: estudio sobre la inscripción de actos y negocios de naturaleza urbanística*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1995.

ARROYO I AMAYUELAS, E.: *La protección al concebido en el Código Civil*. 1ª edición. Ed Civitas. Madrid. 1992.

ARSUAGA CORTÁZAR, J.: «Las acciones de nulidad con fundamentos en el error vicio del consentimiento» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J.L. (coord.). Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 289-302.

ASÍS ROIG, A.E.: «Caracterización de la función de urbanización» en *RDA*, núms. 261-262. INAP. 2002, pp. 165-230.

ASÍS ROIG, R. de: «Algunos aspectos del Derecho natural en la obra de los civilistas españoles» en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 5, 1989, pp. 267-307.

ASUA GONZALEZ, C.: «Comentario al artículo 1259 Cc» en *Comentarios al Código civil. T. VI*. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013 pp. 9042 - 9050.

- «Comentario al artículo 1261 Cc» en *Comentarios al Código civil T. VI* Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia 2013 pp. 9052-9061.

ATIENZA RODRIGUEZ, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Ed. Palestra. 4ª ed. Lima, 2016.

AVILA ALVAREZ, P.: *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*. Ed CORPME, Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1985.

ÁVILA NAVARRO, P.: *La representación con poder (estudio de derecho notarial y registral)*. Ed. Civitas. 1ª edición 1992.

AZNAR GIL, F. R.: *La administración de bienes temporales de la Iglesia*. Ed: Univ. Pontificia de Salamanca. Salamanca. 1984.

AZUA GONZALEZ, C. «Artículo 6.3 CC.» en *Código Civil comentado* / VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; CAÑIZARES LASO, A. *et al.* (Dir.), Vol. I, (Arts. 1-608.) Ed. Civitas-Thomson Reuters. 1ª ed., Cizur Menor. 2011, pp. 83-87.

BADOSA COLL, F.: voz «Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. XIV. Ed. Francisco Seix. Barcelona. 1971, pp. 660-712.

BALLARIN HERNANDEZ, R.: «Limitaciones de la autonomía privada» en *Homenaje a Juan Berchmanns Vallet de Goytisolo*. Vol. II. 1988, pp. 7 -42.

BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas» en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 2009, nº 23 pp. 309-328.

- *El contrato no-contrato*. Ed: CORPME. Madrid, 2006.

BARBADO VIEJO, M.: «¿Cuándo se une el alma al cuerpo?» en *Revista de Filosofía del Instituto «Luis Vives»* año II, nº 4, pp. 7-60 Madrid, enero-marzo 1943. Consultado en <http://www.filosofia.org/hem/dep/rdf/004p007.htm>

BARCELONA LLOP, J.: *Estudios de Derecho español y europeo: Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria* VV.AA. Ed. Univ. de Cantabria. 2009.

BAURA DE LA PEÑA, E.: «Il sistema delle invalidità (inesistenza e nullità, annullabilità e rescindibilità) dell'atto giuridico» in AA. VV *L'atto giuridico nel diritto canonico*. Ciudad del Vaticano. 2002, pp. 121-141 (consultado en <http://bibliotecanoni-ca.net/docsac/btcacb.htm>)

BELLO JANEIRO, D.: *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. Ed. José María Bosch editor S.A. Barcelona. 1993.

- «Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación» en *AFDUC* 1998, nº 2 pp. 627-664.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Ed. Revista Derecho Privado. Madrid. 1954.

BENAVENTE MOREDA, P.: *Naturaleza de la Sociedad de Gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Ed. CORPME, Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1993.

BENEYTO BERENGUER, R.: *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*. Ed. EDICEP. Valencia. 2006.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*. Ed. Montecorvo S.A. Madrid. 1976.

- «Comentario a los artículos 154 a 161, 164 a 168, 172 a 180, 184, 189, y disposiciones transitorias 9 y 10 de la Ley 11/1981» en *Las Reformas del Derecho de Familia*. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, 1984.
- «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios» en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987.
- *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Aranzadi. 2ª Edición. Pamplona. 2015.

BERNAL GOMEZ, B.: «La curatela del pródigo en el derecho romano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nº 48 1983 (pp. 777-795), consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/48/art/art1.pdf>

BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, JT: «Consideraciones sobre el nuevo título preliminar (Normas de Derecho privado)» en *RCDI* nº. 514, mayo - junio 1976, pp. 555-589.

BERNAD MAINAR, R.: «La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno» en *RIDROM*, octubre 2016, pp. 1-80.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010» en *RAD num.9/2012*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2012

BETTI, EMILIO: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Trad. y concordancias con el Derecho español, por MARTÍN PÉREZ, A. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959; también se ha manejado las siguientes ediciones *Teoría del negocio jurídico*. Trad. y concordancias con el Derecho español por MARTÍN PÉREZ, A. Ed. Comares. Granada 2000; y *Teoría General del Negocio jurídico*. Trad. AGURTO GONZALES, C.A. y QUEQUEJANA MAMANI, S.L. Ed. Olejnik. 2018.Chile.

BLANC CLAVERO, F.: «La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa» en *RDA*, núms. 261-262. INAP. 2002, pp. 143-164.

BLANCO GARCÍA-LOMAS, L.: «Control de oficio de las cláusulas abusivas en el seno del concurso de acreedores» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J.L. (coord.). Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 225-241.

BLANDINO GARRIDO M.A.: «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato» en *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España: incluye la propuesta de anteproyecto de Ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*. Coord. ALBIEZ DOHRMANN, K.J. et al. 2011, pp. 239-296.

- «Contenido y efectos de los contratos» en *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. T. I. Coord. VAQUER ALOY, A. et al. Ed. Atelier. Barcelona. 2012, pp. 573-694.

BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de

gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge» en *RDN*, 113-114, 1981, pp. 9 y ss.

BLASCO GASCÓ, F. de P.: *Eficacia e ineficacia del acto jurídico contra legem*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018.

- *Derecho de obligaciones y contratos*. Coord. VALPUESTA FERNANDEZ. M^a. R. Ed. Tirant Lo Blanch. 2^a edición. Valencia, 1995.

BOECIO.: *Liber De Persona Et Duabus Naturis. Contra Eutychen Et Nestorium*: caput III, columna 1343: consultado en http://www.documentacatholicaomnia.eu/02m/0480-0524_Boethius_Severinus_Liber_De_Persona_Et_Duabus_Naturis_Contra_Eutychen_Et_Nestorium_MLT.pdf

BOEHMER, GUSTAV: *El Derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación*. Trad. PUIG BRUTAU, J.. Ed. Bosch. Barcelona. 1959.

BONET CORREA, J.: «Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», en *ADC* 1976-2, pp. 309- 336.

BONET RAMON, F.: *Compendio de Derecho civil*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.

BONFANTE, Pietro: *Instituciones del Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1944.

BORREL Y SOLER, A.M.: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*. Ed. Bosch, Barcelona, 1947.

- *Derecho civil español. Tomo Segundo (Derechos reales)*. Ed. Bosch. Barcelona 1955.

BOSCH CAPDEVILA, E.: *La administración de los bienes de los hijos en el «Codi de Família»*. Ed. Bosch y Centro de Estudios Registrales de Cataluña. Barcelona. 1999.

BOTIA VALVERDE, A.: «Desafectación de vivienda destinada a portería y su venta libre de cargas (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2003)» en *RJN*, n^o 49, enero-marzo 2004, pp. 279-301.

BRASILEIRO DE AZAMBUJA, R.R.: «El nasciturus es persona humana» en *BICAM* 1984-6, pp. 9-12 Trad. por MARTINEZ VAL, J.M.

BRUNET, A.M^a.: *La relevancia canónica del matrimonio civil a la luz de la teoría general del acto jurídico: contribución teórica a la experiencia jurídica chilena*. Ed. Gregorian Biblical BookShop, 2002.

BUCKLAND, W. W.: *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*. Cambridge University Press. Londres 1921, consultado en <https://archive.org/details/textbookofroman100buckuoft/page/62>

BUENO MARTINEZ, G.: *El fundamentalismo democrático. La democracia española a examen*. Ed. Planeta. 2^a edición. Madrid. 2010.

- «La cuestión del aborto desde la perspectiva de la teleología orgánica» en *El Catoblepas. Revista crítica del presente*, núm. 98, abril 2010, consultado en <http://www.nodulo.org/ec/2010/n098p02.htm>

BUSTILLO BOLADO, R. O.: «Derecho Urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001» en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 5, 2002, pp. 117-134.

BUSTO LAGO, J. M.: «Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias» en *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Ed. Aranzadi. 3ª ed. Cizur Menor. 2010, pp. 1151 y ss.

BUSTOS PUECHE, J.E.: *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Ed. Dykinson. Madrid. 1996.

CABANAS TREJO, R.: «Activos esenciales y competencia de la junta general de las sociedades de capital ¿un riesgo para el tercero que contrata con la sociedad?» en *Diario La Ley, n° 8521, Sección Doctrina, 17 de abril de 2015*.

BUTELER, J.A.: «El problema de la clasificación de las nulidades» en *Estudios de derecho civil en Homenaje a Héctor Lafaille*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968 pp. 191-205.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*. Ed. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 1994.

- «Comentario al art. 186 CC» en *Comentario del Código Civil, T. I*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp. 608-609.
- «Comentarios al art 29 Cc» en *Comentarios al Código Civil. T. I. Vol. 3º: Artículos 17 a 41 del Código Civil (2ª de.)* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDERSA. Consultado en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-29-229884>
- «Comentarios al art 6.2 Cc» en *Comentarios al Código Civil T. I, Vol. 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDERSA. Consultado en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-6-apartado-2-229636>

CABREROS DE ANTA, M.: «La enajenación de bienes eclesiásticos» en *El patrimonio eclesiástico. Estudios de la Tercera Semana de Derecho Canónico*. Salamanca, 1950, pp. 155-190.

CADENAS ITURRIOZBEITIA, A.: «Principio de relatividad sistémica y racionalidad jurídica en la TCD» en la obra *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 141-158.

CALAMADREI, PIERO: «La certeza del derecho y las responsabilidades de la doctrina» en *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Trad. de SENTÍS MELENDO, S. Ed. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1959.

CALDERON CUADRADO, M^a P.: *Tutela Civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U. Madrid. 1997.

CALVO ALVAREZ, J.: «Consideraciones en torno a la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el aborto», *Ius Canonicum*, XXXIV, núm. 68, 1994, pp. 483-521, consultado en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/17581>

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*. Ed: Cuadernos de Derecho Registral. CORPME. Madrid, 2006.

CÁMARA LAPUENTE, S.: *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Ed. Colex. Madrid. 2011.

- «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos» *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, nº 1, pp. 84-117
- «Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019 ¿Control, carga o trampa?» en *El notario del siglo XXI*. Nº. 84, 2019, pp. 18-25 consultado en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/9290-transparencia-material-y-funcion-notarial-en-la-ley-5-2019-control-carga-o-trampa>

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE. B.: *Comentarios a la Legislación hipotecaria*. Vol. I. 3^a ed. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1982.

- *Examen de los actos jurídicos sobre inmuebles. En especial la capacidad*. Ed. CORPME, Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1989.

CANO MARTINEZ DE VELASCO, J.I.: *La renuncia a los derechos*. Ed. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. 1986.

CANO TELLO, C.A.: *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*. 3^a ed. Ed. Civitas. Madrid. 1989.

CAPILLA RONCERO, F.: «Nulidad e impugnabilidad del testamento. Algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido» en *ADC* 1987-1, pp. 3-88.

- voz «Personalidad», *Enciclopedia Jurídica Básica T.III*. Madrid. Civitas 1995. pp. 4871-4873.
- *Derecho civil. Parte general*. 2^a ed. Coord. LOPEZ Y LOPEZ, A.M. y MONTES PENADES V.L., Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1995.

CARDELUS MUÑOZ SECA, B.: *América Hispánica: La obra de España en el Nuevo Mundo*. 2^a ed. Ed. Almuzara. Córdoba, 2021.

CARIOTA FERRERA, Luigi.: *El negocio jurídico*. Trad. y notas de ALBALADEJO, M. Ed Aguilar. Madrid. 1956.

CARBONELL MATEU, J.C. «Homicidio y sus formas (I): homicidio» en la obra *Derecho Penal. Parte Especial*. Coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. 5ª edición. Tirant Lo Blanch Valencia 2016, pp. 41-56.

CARNERO SOBRADO, J.I.: «La no moderación de las cláusulas abusivas a la luz de la STJUE de 14 de junio de 2012» en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*/ coord. ABEL LLUCH, X. Barcelona. 2014, pp. 809-819.

CARRASCO PERERA, A.F.: «Comentarios al art. 6.3 del CC.» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* Tomo I, Vol. 1º: Artículos 1 a 7 del Código Civil dirigidos por ALBALADEJO GARCIA, M. y DIAZ ALABART, S. consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-6-apartado-3-229637>. Ed. EDERSA. También se ha manejado la edición impresa 2º edición. 1992, pp. 769-842.

- *Relaciones civiles con contenido urbanístico*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999.
- *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del suelo* CARRASCO PERERA, A.F. y SÁNCHEZ CALERO, F.J. Ed. APDC. Valencia. 1999.
- *Derecho de contratos*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 2010.
- «Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010, 5273)», *CCJC*, 2011, nº 86, pp. 1159-1205.
- «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas o modificarlas» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 3/2012, pp. 145-147.
- «Comentario al art 6 del CC» en *Comentarios al Código Civil*. T. I. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 141-169.
- «Comentario al art 7 del CC» en *Comentarios al Código Civil*. T. I. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 170-176.
- «La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 21, 2017, pp. 90-105.

CARRASCO PERERA, A.F. *et al.*: *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*. VVAA. Dir. CARRASCO PERERA, A. Ed. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 2002.

CARRERAS MARAÑA, J.M.: «Comentario al artículo 186 CC en Código Civil» en *Código civil. Comentarios y Jurisprudencia*. T. I. Coord. SALAS CARCELLER, A. Ed. SEPÍN. Madrid. 2009, p. 845.

CASANOVAS I MUSSONS, A.: «De las personas que pueden hacer donaciones: la capacidad de obrar y el poder de disposición del donante» en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, Vol. I*. Ed. Univ. de Murcia. Servicio de Publicaciones, CORPME. EDITUM, 2004, pp. 857-876.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I. C.: *Análisis legal y jurisprudencial en el ordenamiento civil común español de la categoría jurídica de la nulidad parcial del testamento* (Tesis doctoral) consultada en <https://dialnet.unirioja.es/download/tesis/1290.pdf>.

- *Las categorías de invalidez en los negocios jurídicos: análisis dogmático y jurisprudencial*; Ed. Univ. de Extremadura, Cáceres, 2002.

CASAS LEÓN, M.E.: *De inutilibus stipulationibus*. Tesis Doctoral. Univ. de la Laguna 2001. Consultado en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/10008>.

CASTAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral. T II*. 3ª ed. Ed. Reus. Madrid 1931.

- *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho Privado positivo)*. Ed. Reus. Madrid 1947.
- *Derecho civil español común y foral. T. 3º*, 15ª ed. revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO, G. Ed. Reus. Madrid. 1988
- *Derecho civil español, común y foral. T I. Vol. I*. 2ª de. revisada y puesta al día por ROMAN GARCIA, A.M. Ed Reus Madrid 2005; 11ª edición revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J.L. Ed. Reus. Madrid 1975.
- *Derecho Civil español, común y foral. T. I Vol. II*. 15ª ed. revisada y puesta al día por ROMAN GARCIA, A.M. Ed. Reus. Madrid 2007.

CASTÁN VÁZQUEZ J.M.: *La Patria Potestad*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1960.

CASTILLO TAMARIT, V.J.: «Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales» en *RDN*, Año 31, núms. 121-122, julio-diciembre 1983, pp. 7-47.

CAVALLÉ CRUZ, A.: «Función notarial y protección del consumidor», en *Revista del OCCA*, nº 1, julio-diciembre 2014, pp. 1-36, consultado en <http://www.occa.notariado.org/liferay/web/occa/numero-1.-julio-diciembre-2014>.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: «La protección de los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas: el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril» en *Derecho privado y Constitución*, Nº 6, 1995 (Ejemplar monográfico sobre vivienda), pp. 43-68.

CERDA OLMEDO, M.: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans» en *RDP*, Año nº 64, Mes 1, 1980, pp. 1187-1208.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J.: «La condición de persona como fundamento del derecho en la iusfilosofía de Javier Hervada», *Dikaion. Revista de Fundamentación jurídica*, Año 24 - Vol. 19 Núm. 2. Colombia - diciembre 2010, pp. 285-318.

CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: *La confirmación del contrato anulable*. Ed: Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia. 1977.

- «La "sanatoria excepcional" de disposiciones testamentarias nulas en el derecho español» en *Revista de derecho privado*. Vol. 61. Nº. 8 (SEP) 1977 pp. 626-648.
- *La causa del contrato*. Ed.: Real Colegio de España Bolonia. Zaragoza. 1998.
- «Notas críticas al libro de Javier Pagador López: Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *ADC* 2000-3, pp. 1041-1054.
- «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato». pp. 59-88, en *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*. Navarra.

Aranzadi (Thomson Reuters). 2007.

CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho Civil español*. Ed. Imprenta de Juan Pueyo. Madrid. 1929.

- *Instituciones de Derecho Civil Español*. T. I. Edición revisada y actualizada por COSSIO Y CORRAL, A. y GULLON BALLESTEROS, A. Madrid 1959. Imp. Artes Gráficas Julio San Martín.
- *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*. Edición revisada y puesta al día por COSSIO Y CORRAL, A. y GULLON BALLESTEROS, A. T. I Madrid 1959. Imp. Artes Gráficas Julio San Martín.

CLEMENTE MEORO, M.: «Las relaciones paterno filiales II» en la obra *Derecho de Familia*. Dir. MONTES PENADES y ROCA i TRIAS. Ed. Tirant Lo Blanch. 2ª ed. Valencia. 1995, pp. 465-504.

- «El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas» en *Contratación y consumo*. Dir. ORDUÑA MORENO, F. J. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998, pp. 312-325.

COFRÉ LAGOS, J.O.: «La idea de persona moral y jurídica en el realismo metafísico» en *Revista de Derecho* vol. XXI nº 2 – diciembre 2008, pp. 9-31.

COLAS ESCANDON A.Mª.: «La incidencia de la ratificación en diversas figuras (Propiedad Horizontal, Fundaciones. Sociedades, etc.)» en *Aranzadi civil*. 2001. Vol. III. 1ª ed. T. X. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, pp. 2201 a 2252.

COMAS Y ARQUES, A.: *La revisión del Código Civil español. Parte especial. T II*. Ed. Imp. y Litografía de los Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús. Madrid. 1895.

CONCHEIRO DEL RÍO, J.: «La invalidez en el campo del derecho privado» en *La revisión de los actos nulos por inconstitucionalidad de las leyes*. Ed. DIJUSA. Madrid. 2002, pp. 213-220.

CONDE FUENTES, J. «El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 1, (enero-marzo, 2017) Ensayos, pp. 219-233, consultado en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/246/204>

CORRAL TALCIANI, H. «El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria», *Revista chilena de derecho*, Vol. 17, Nº 2, 1990, pp. 301-321.

CUENA BOY, F.: *Sistema jurídico y derecho romano: la idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*. Ed. Univ. de Cantabria, 1998.

CUENA CASAS. M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona. 1996.

- «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema» en *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*. 2008. Nº 1.

CUENCA ANAYA, F.: «El consumidor de bienes inmuebles» en *ASN*, T. 6, 1992, pp. 9-

D'ACUNTO, G.: «La tónica en Vico como método del razonamiento aporético» en *Cuadernos sobre Vico*, nº 21-22, 2008, pp. 73-90.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Ed. Civitas. Madrid. 1984. Dicha reedición reúne en un sólo volumen los dos publicados por el Instituto de Estudios políticos en 1949 (Tomo I Libro preliminar. Introducción al Derecho civil) y 1952 (Tomo II. Derecho de la persona) reproducidos facsimilmente.

- «Sentencias comentadas: «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble» en *ADC* 1953-4, pp. 1003-1016.
- «Sentencias anotadas: Arrendamiento urbano. Casa de tolerancia. Excepción de competencia jurisdiccional. Causa ilícita (S. 23 febrero- 1955)» en *ADC* 1955-2, pp. 655-656.
- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes» en *ADC* 1961-2, pp. 295-341.
- *Temas de Derecho civil*. Ed. Marisal. Madrid. 1972.
- «El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria» en *ADC* 1979-IV, pp. 619 a 725.
- *El negocio jurídico*. Ed. Civitas Madrid. 1985.

DE COSSÍO CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho civil*, I. Ed.: Alianza Editorial. Madrid. 1975.

- «El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los estados en el derecho civil actual» en *Revista de Derecho Privado*, XXVI- 1, 1943.

DE LA CAMARA HERMOSO, M.: «El nuevo artículo 1413 del Código civil» en *ADC* 1959-2, pp. 451-480; *ADC* 1959-3, pp. 847-898 -y *ADC* 1960-2, pp. 361-500.

DE LA CAMARA ALVAREZ, M.: «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 2. 1988, pp. 103-232.

DE LA CRUZ LAGUNERO, J.M. y CUENCA ANAYA, F.: «Influencia del derecho público sobre el derecho de contratación», separata de la *RDN* nº. 140, abril-junio 1988. Ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid 1988, pp. 77-203.

DE LA CUESTA SAENZ, J.M.: «Comentario al art 186 del CC» en *Código Civil Comentado*. Vol. I. Coord. DE PABLO CONTRERAS, P. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. Ed. Aranzadi. 1ª de., Cizur Menor. 2011, pp. 958-960.

DE LA MAZA GAZMURI, I. VIDAL OLIVARES, A, PIZARRO WILSON, C.: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*. Agencia estatal BOE Madrid 2017.

DE LA RÚA NAVARRO, J.: «El concepto de consumidor» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J.L. (coord.). Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 73-95.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L.: *La conversión del negocio jurídico*. Ed Bosch. Barcelona, 1959.

- «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto» en *RDN* (1961); también recogido en *El negocio jurídico (Estudios de derecho civil)*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1987, pp. 153 a 298.
- «Nulidad de los actos jurídicos» en *NEJ T. XVII*. Ed. Francisco Seix S.A. 1982, pp. 611-629.
- «Comentarios de los arts. 1315 a 1343 CC», *Comentarios al Código Civil T. XVIII Vol. 1: Artículos 1.315 a 1.343 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDESA. Madrid. 1982.
- «Comentarios al art. 1344 y 1345 CC.» en *Comentarios al Código Civil, T. XVIII Vol. 2: Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDESA.
- «La nulidad de los actos jurídicos» en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín Ballester*. Ed. Institución «Fernando el Católico. Zaragoza (CSIC), 1983, pp. 481-532.
- «Comentario a los arts. 1378-1380 CC» en *Comentarios al Código Civil T. XVIII Vol. 2: Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDESA Madrid, 1984.
- *El negocio jurídico: (Estudios de derecho civil)*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1987.
- «Comentarios a los arts. 1344 a 1410 CC» en *Comentarios al Código Civil. T. XVIII Vol. 2: Artículos 1.344 a 1.410 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDESA. Madrid, 1999.
- *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*. Ed. Dykinson. Madrid. 2000.

DE PABLO CONTRERAS, P.V.: «Bienes muebles e inmuebles en derecho navarro», en *Revista Jurídica de Navarra* N° 15, enero - junio de 1993, pp. 65-78.

- «Comentario de los art. 625-628» en *Código civil comentado*, Vol. II., dirs. CAÑIZARES LASO, A. *et al.* Ed. Civitas Thomson Reuters. 2011

DE PAOLIS, V.: «Alienazione (Alienato)» en *Nuevo Dizionario di Diritto Canonico*. Ed. San Paolo. 1993, pp. 8-12.

- *Los bienes temporales de la Iglesia*. Ed. BAC. Univ. San Dámaso. Madrid. 2012.

DE PRADA GONZALEZ, J.M. «La patria potestad tras la reforma del Código Civil» en *AAMN, T. XXV, 1983*, pp. 355-420.

DE SALAS MURILLO. S.: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y de los que con él contratan» en *RDP* Año 2007, enero-febrero, pp. 33-64.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «El dolo in contrahendo» en *RDPatr.* n° 16. Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp. 25-69.

DEL VALLE FUENTES, E.: «En torno al concepto del derecho inmobiliario» en *RCDI* diciembre 1943, n° 187 año XIX, pp. 801 -819.

DELGADO ECHEVARRIA, J.: «Inexistencia, nulidad y anulabilidad. Usucapión: justo título. Causa ilícita. Venta de cosa ajena» en *CCJC* nº 2, abril/agosto 1983, pp. 465-472.

- «Sentencia de 4 de abril de 1984. Enfermedad mental. invalidez de actos de enfermo mental no incapacitado. Inexistencia, nulidad, anulabilidad, legitimación activa. Presunciones» en *CCJC nº 5, 1984*, pp. 1569-1579.
- «Comentario al artículo 1301» en *Comentario del código civil. T. II*. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp. 544-547.
- «Comentario al artículo 1300 del Código civil» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. T. XVII, Vol. 2º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil* [2ª ed. 2005] dirigidos por ALBALADEJO, M. (consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-300-236501>). Ed. EDERSA.
- «Comentario al artículo 1305 del Código civil» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. T. XVII, Vol. 2º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil* (2ª de. 2005) dirigidos por ALBALADEJO, M., consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-305-232709>. Ed. EDERSA.
- «Venta por representante legal sin autorización judicial» en *Tratado de la Compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*. T. I. Dir. CARRASCO PERERA, A. 1ª ed., 2013, pp. 287-292.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. et al.: *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*. Coord. DELGADO ECHEVERRIA, J. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A.: *Las Nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Ed. Dykinson Madrid. 2005.

- «Sentencia de 10 de octubre de 2008: exigibilidad de las deudas de juego contraídas en casino. Prohibición de préstamos para el juego, causa ilícita y nulidad por incumplimiento de normas. Interpretación del artículo 6.3 CC: infracción de normas administrativas. Rectificación de jurisprudencia», *CCJC*, Nº 82, 2010, pp. 19-60

DÍAZ, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho*, Ed. Taurus, Madrid 1980.

DIAZ ALABART, S.: «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado» en *RDP*, año nº 64, mes 1, 1980, pp. 1101-1123.

- «Comentario al art. 10.1 .c). 11º de la de la LGDCU» en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. y SALAS HERNANDEZ, J. Ed. Civitas. Madrid, 1992.
- «La forma ad luciditatem en la contratación con consumidores» en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Roberto M. López Cabana*. Dir. AMEAL, O. J. Coord. TANZI, S. Ed: Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001, pp. 635 y ss.
- «Introducción. La contratación con consumidores» en *Manual de derecho de consumo*, DIAZ ALABART, S. (coord.), DIAZ ALABART, S. y CARRANCHO HERRERO, Mª.T. (Dirs). Ed. Reus. Madrid, 2016, pp. 7-28.

DIAZ DE ENTRE SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*. Ed Tecnos. Madrid. 1990.

DIÉGUEZ OLIVA, R.: «Quod nullum est, nullum effectum producit? La sanción de nulidad del art. 1259 CC» en *Nul [Recurso electrónico]: estudios sobre invalidez e ineficacia*. Nº. 1, 2006 (Ejemplar dedicado a: Coloquios).

DÍEZ GARCÍA, H.: «Comentario al art 166 del Código civil» en *Comentarios al Código civil*, T. II Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 1715-1738.

- «Comentario al art. 186 del Código civil» en *Comentarios al Código civil*, T. II Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 1982-1988.
- «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario» en *Vivienda e hipoteca*. Coord. DOMINGUEZ LUELMO, A. Ed Tecnos y APDC. Madrid. 2018, pp. 335-448.

DÍEZ PASTOR, J.L.: «La donación al no concebido». Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 27 de febrero de 1948» recogida en *AAMN*, t. VI, Ed. Instituto Ed. Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones SA. 1952, pp. 111-164.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *ADC* 1961-4 pp. 809-834.

- «El concepto de causa en el negocio jurídico» en *ADC 1963-1*, pp. 3-32.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, 2ª ed.. Ed. Tecnos Madrid 1973.
- *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona. 1ª ed. 1973.
- «Comentarios al art. 29 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, T. I Artículos 1 a 41 del Código Civil* dirigidos por ALBALADEJO, M. Ed. EDERSA. 1978 pp. 807-815
- *La representación en el Derecho Privado*. Ed. Civitas. Madrid, 1979.
- «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad» en *ADC 1982- I*, pp. 3-20.
- «Comentario al artículo 1322 Cc» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid. 1984, pp. 1508-1510.
- *Derecho y masificación social; tecnología y derecho privado*. Ed: Civitas. Madrid. 1987.
- «“Par delictum” y “par causa turpitudinis”. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado en el ciclo dedicado al Prof. Jordano Barea el día 5 de mayo de 1990» en *ASN. T. V*. Ed. EDERSA. Madrid 1991, pp. 173-192.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. vol. I, 4º ed. Ed. Civitas. Madrid, 1993 y 5ª ed. 1996.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III*. 5ª ed. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2008.
- *La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Aranzadi. 2ª ed. Navarra, 2014.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L y GULLON BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*. Vol. I. Ed. Tecnos. Madrid. 1993; 10ª ed. 2002 y 13ª ed. 2016.

- *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II 6ª ed. Ed. Tecnos. Madrid 1989.
- *Sistema de Derecho civil*. Vol. IV. 2ª ed. Ed. Tecnos. Madrid. 1982; 7ª ed. (1997)

y 11ª ed. (2012).

DÍEZ SOTO, C.M.: *La conversión del contrato nulo. Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español*. 2009. Tesis Doctoral. Consultado en <http://repositorio.upct.es/handle/10317/796>.

DORAL GARCIA J.A.: «Concepto filosófico y concepto jurídico de persona» en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* nº 2, 1975 (Ejemplar dedicado a: *La vida humana*), pp. 113-131.

- *El contrato como fuente de obligaciones*. Ed. Eunate. Pamplona. 1993.
- «Vicios de la construcción y garantías del consumidor adquirente de vivienda», *La protección del consumidor de inmuebles* LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir.) MONJE BALMASEDA, O. (Coord.) Ed. Dykinson. Madrid, 2013.

DORANTES DÍAZ, F.J.: «La tónica» en *Alegatos*, Nº 32, 1996.

D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*. Ed. Univ. de Navarra. Pamplona, 1968.

DUALDE GOMEZ, J.: *Concepto de la causa de los contratos: (la causa es la causa)*. Ed. Bosch. Barcelona. 1949.

DUPLA MARIN, Mª.T.: «La recepción del derecho romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la constitución europea» en *AFDUC*, 2003, pp. 271-288.

DURÁN RIVACOBIA, R.: *Donación de Inmuebles. Forma y Simulación*. 2ª ed. Ed. Thomson Aranzadi. Pamplona. 2003.

- «Jurisprudencia comentada: la forma en la donación de inmuebles: unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (STS del pleno de la sala primera de 11 de enero de 2007)» en *RDP*, año nº 91, mes 4, 2007, pp. 79-93.

EBERS, MARTIN.: «Editorial: ¿Quién es consumidor?» en *ADC* 2006-I, pp. 229-238.

ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S.: «Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias» en *RDN*, 116, 1982, pp. 7 -35

- «Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales (Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1.983)» en *RDN*. julio-diciembre 1.983, pp. 341 y ss.
- «La comunicación ganancial» en *ASN*. EDERSA, 1988, pp. 115-145.
- «Los límites de la responsabilidad ganancial» en *ASN*. Madrid, 1989, pp. 153-186.

EGUSQUIZA BALSAMEDA, Mª.A.: *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*. Ed Aranzadi. Pamplona. 1999.

ENNECCERUS, L.: *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*. 15ª revisión por HANS CARL NIPPERDEY. Trad. de la 39ª edición alemana por PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J actualizada por VALENTI FIOL, E. 3ª ed. al cuidado de HERNANDEZ MORENO, A. y GETE ALONSO, M.C. T. 1º, Vol. 2º, Parte 2ª. Ed. Bosch, Barcelona 1981.

ESCRICHE, Joaquín.: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, T. IV. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta. Madrid, 1876. Consultado en fama2.us.es/fde/ocr/2006/diccionarioEscracheT4.pdf.

ESCRIVÁ CHORDÁ, R.: *La figura del “urbanizador”*. Ed. Montecorvo. Madrid. 2003.

ESCUADERO LOPEZ, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Ed: J.A. Escudero. Madrid, 1985.

ESPIN CANOVAS, D.: «La nulidad absoluta del negocio jurídico y los efectos de la prescripción extintiva y de la usucapión» en *ADC 1970-3*, pp. 519-541.

- *Manual de Derecho Civil español I*. Ed. RDP. Madrid.1982.
- *Don Felipe Clemente de Diego, en la ciencia y la aplicación del derecho* Ed. CORPME. Madrid 2000.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1998.

- «Eficacia e ineficacia del autocontrato» en *ADC 2013-3* pp. 985-1044.

FAJARDO FERNANDEZ, J.: «Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2010» en *CCJC 85* (enero- abril 2011), pp. 393 a 410.

FERDINAND MACKELDEY: *Manual de Derecho romano, que comprende la teoría de la Instituta precedida de una introducción al estudio de este derecho*, trad. GOMEZ SANTA MARIA, E. Ed. Imprenta de José María Alonso. Madrid. 1847.

FERNÁNDEZ ARAMBURU, J.M.: *Todo sobre los regímenes matrimoniales*. Ed: De Vecchi. Barcelona. 1987.

FERNÁNDEZ CANALES, C. «El hijo superpóstumo ante la herencia del padre premuerto» *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados* / coord. por MURGA FERNÁNDEZ, J.P. et al.; dir. por CAPILLA RONCERO, F. et al. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 463-489.

- «La fecundación post mortem en la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y la problemática jurídica en torno al superpóstumo» en *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*. TAMAYO HAYA, S. (dir.), Ed. Comares. Granada, 2015, pp. 33-57.

FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F.J.: «Ámbito de aplicación» en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Dirs. REBOLLO PUIG, M e IZQUIERDO CARRASCO, M. Ed: Iustel. Madrid. 2011, pp. 57-115.

FERNANDEZ DE BUJAN, A.: *Derecho Privado Romano*. Ed. Iustel. 7ª ed. Madrid 2014.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Aproximación a la categoría de “operaciones sobre activos esenciales”, cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]» en *La Ley mercantil, nº 11, Sección Sociedades, febrero 2015*.

FERNÁNDEZ GALBÍS, E.: «Supuestos especiales de enajenación de bienes inmuebles del hijo menor de edad, sometido a patria potestad» en *La reforma del Derecho de Familia*. Sevilla. 1982.

FERNANDEZ GARCIA, E.: *La obediencia al Derecho*. Civitas. Madrid 1987.

- «El punto de vista moral y la obediencia al Derecho» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* núm. 6. Mayo-agosto 1990, pp. 45-55.
- «Justicia y obediencia al Derecho ¿Existe una obligación moral de obedecer al Derecho?» en *Perspectivas actuales del Derecho*. Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México, 1991, pp. 335-351.
- «La obediencia al Derecho» en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 1, septiembre 2011-febrero 2012, pp. 114-118.

FERNANDEZ MARTINEZ, J.M.: «Venta de bienes inmuebles de los hijos menores sin autorización judicial. Examen del artículo 166 del Código Civil» en *RAD 2011 núm. 9* (enero 2011) pp. 17-24.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto "proyecto Scala 2001" y su impacto en el ordenamiento urbanístico español)» en *RDA*, núms. 261-262. INAP. 2002, pp. 11-26.

FERNANDEZ TRESGUERRES, A.: «Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC» consultado en eleconomista.es/opinion-legal/noticias/6624952/04/15/Una-interpretacion-razonable-del-articulo-160-f-de-la-LSC.html.

FERRES TORRES, E., MONTESINOS CASTRO GIRONA, M. y SMITH AGREDA, V.: *Atlas-Tratado de embriogenesis organogénesis*. Actualizado en 2000 por PIERA PELLICER, J. Consultado en <http://www.luciabotin.com/publicaciones/embriologia.pdf>

FORTUNAT STAGL, J.: «De cómo el hombre llegó a ser persona: Los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano» en *RDPUCV XLV*. Valparaíso, Chile 2015.

FRANCISO SUAREZ: *Tractatus de legibus ac deo legislatore: in decem libros distributus* consultado en <https://archive.org/download/tractatusdelegi01sugoog/tractatusdelegi01sugoog.pdf>.

GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*. Trad. BLASCO GASCO, P. y PRATS ALBENTOSA, L. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

GALICIA AIZPURUA, G.H. «Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español» en *Revista Boliviana de Derecho*, n°. 26, 2018, pp. 142-175, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6510516.pdf>

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: «Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad» en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 1. Coord. LLAMAS POMBO, E. Ed: Wolters Kluwer. Madrid, 2006, pp. 713-736.

GARCIA ALGUACIL. M^a.J. y CASTAÑOS CASTRO, P.: *Manual Básico de Derecho Civil (Adaptado a los nuevos Estudios de Grado)*. Coord. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y

MORENO-TORRES HERRERA, M^a. L. Ed. Tecnos. Madrid. 2010.

GARCIA AMADO, J.A.: «*Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica*» en Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio. pp. 169 - 195. (Colombia): Univ. Externado de Colombia, 1996, consultado en www.geocities.ws/jagamado/pdfs/retorica.pdf

- «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho» en *AFD* n° 8, 1991, pp. 341-364.
- «Retórica, Argumentación y Derecho» en *Isegoría*, 1999 n.º 21.
- ¿Se puede ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? en <http://garciamado.blogspot.com/2009/11/se-puede-ser-antikelseniano-sin-mentir.html>.
- *Teorías de la tónica jurídica*. Ed. Palestra. 1ª ed. Perú, 2018.

GARCIA AMIGO, M.: *Instituciones de Derecho civil*. Parte General. Editorial de Derecho Reunidas SA. Madrid 1979.

- *Lecciones de Derecho Civil II: teoría general de las obligaciones y contratos*. McGraw-Hill, Madrid, 1995.

GARCÍA ATANCE, M.: «Cosas. Bienes. Clasificación de las cosas en corporales e incorporales. Bienes muebles e inmuebles» en *ADA, II*, 1945, pp. 49-62.

GARCÍA CANTERO, G.: «El derecho a nacer (aspectos civilísticos del aborto)» en *Constitución, derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*. Ed. Facultad de Derecho de Zaragoza, Institución Fernando el católico. Zaragoza, 1983, pp. 153-160.

- «Comentarios al art 1459 Cc» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. T. XIX, Artículos 1445 a 1541* dirigidos por ALBALADEJO, M. consultado en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1-459-257109>. Ed. EDERSA, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA E.: «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo» en *RAP*, n° 40, enero/abril 1963, pp. 189-222. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112894.pdf>.

GARCÍA GARCÍA, J. A.: *Reserva de Ley y Derecho civil. Las funciones de las normas reglamentarias en el Derecho civil*. Ed. Civitas. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra), 2006.

- «La nulidad de pleno derecho de los convenios urbanísticos concertados por el promotor urbanístico y la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de cargas y limitaciones no exigidas por la legislación urbanística» en *RCDI* núm. 716, nov-dic. 2009, pp. 3019-3041.

GARCIA GARCIA, J.M.: «El principio hipotecario de usucapión secundum tabulas» en *RCDI*, núm. 642, septiembre/octubre de 1997, pp. 1.711-1745.

GARCIA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*. T. III. Ed. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial. Madrid. 1852.

GARCIA MORENO, L. et al. *Historia del mundo clásico a través de sus textos, 2. Roma*. Alianza Editorial. Madrid, 1999.

GARCIA ROJAS, G.: «La inexistencia de los contratos» en *El Foro* 5ª época núm. 20. México octubre a diciembre de 1970, pp. 25-56.

GARCIA RUBIO M.P.: «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del derecho de consumo» en *Actualidad civil* nº 2, 1994, pp. 277-289.

- «Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución* nº 21, 2007, pp. 131-166. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2507318.pdf>
- «La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas» en *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico* 14/2013. Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 83 a 108.

GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte general del Derecho civil español*. Ed Civitas. Madrid. 1983.

GARCÍA-VALDECASAS, J.A.: «Informe práctico del mes de diciembre de 2014 para registros mercantiles» en <https://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/MERCANTILES/2014-diciembre.htm>

GARCIA VICENTE J.R. y LÓPEZ MAZA, S.: «Comentario al art. 60, 63 y 65 del TR de la LGDCU» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Aranzadi. 2ª Ed. 2015.

GARCIA VICENTE, J.R.: «Comentario al art 1269 del Código civil» en *Comentarios al Código civil*, T. VII. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 9122-9129.

- «Comentario a los art. 1274-1277 del Código civil» en *Comentarios al Código civil. T.VII* Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 9146-9161.
- «Comentario al art 1289 del Código civil» en *Comentarios al Código civil*, T. VII Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 9197-9198.
- *La simulación de los contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2017.
- «La contratación con consumidores», *Tratado de contratos*, T. 2, / coord. MORALEJO IMBERNÓN, N.I., QUICIOS MOLINA, Mª.S.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 2ª ed. Ed. Tirant Lo Blanch Valencia. 2013, pp. 1629-1790.

GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*. Ed: Centro Estudios. Fundación registral. CORPME. Madrid. 2007.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Ed.: Bosch. Barcelona. 1992.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: «La infracción del art. 160. f LSC: la falta de acuerdo de la junta en la enajenación de un activo esencial» en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 56, 2017, consultado en <https://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=5418&pub=Publicacion&tipo=es>

GARDEAZÁBAL DEL RIO, F.J. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C.: «La sociedad de gananciales» en *Instituciones de derecho privado/ coord. general DELGADO DE MIGUEL, J.F. (coord. de Familia GARRIDO DE PALMA, V.M.)*, T. IV vol. 2º. 1ª ed. Ed. Civitas. Madrid. 2002, pp. 19-275.

GARIBO PEYRÓ, A.P.: «La capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de 2006. Aclaraciones desde la teoría comunicacional del derecho» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. Y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 323-337.

GARRIDO CERDÁ, E.: «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro» en *AAMN*, vol. XXV. 1983, pp. 143-176 (también publicado en RDN n.º. 115, 1982, pp. 87-122).

- «La sociedad de gananciales y las donaciones de bienes de naturaleza ganancial» en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 7. Ed.: CGN. Madrid 1988, pp. 247-290.

GARRIDO DE PALMA, V.M.: «El matrimonio y su régimen económico», en *El nuevo derecho de familia español*. Ed. Reus. Madrid. 1982, pp. 163-240.

- «El Derecho civil, protector del ser humano», *ADC* 1983-4, pp. 1359-1375.

GEORGES RENARD: «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge» en *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*. París. 1903, pp. 214-249. Consultado en <http://visualiseur.bnf.fr/ark:/12148/cb34416607b/date1903>.

GETE-ALONSO y CALERA, M. C.: «Enajenación y gravamen de bienes de menores e incapacitados» en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*. Vol. 1. Coord. LORENZO PRATS. Ed. Univ. de Valencia 1996, pp. 39-58.

GIMÉNEZ DUART, T.: «La gestión de la comunidad de gananciales» en *ADC* 1982-3, pp. 571 -589.

- «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1322)» en *AAMN* T. 28. Ed: EDERSA Madrid 1988, pp. 233-364 que recoge una Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 1986.

GÍMENO FELIÚ. J.M.: «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública» en *RAP* n.º. 173. Madrid, 2007, pp. 63-100. Consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2355107.pdf>

GOMA LANZON, F.: «El cinco veces nulo negocio de las participaciones preferentes». Consultado en <http://hayderecho.com/2012/02/06/el-cinco-veces-nulo-negocio-de-las-participaciones-preferentes>

GOMA SALCEDO, J.E.: *Instituciones de derecho civil común y foral*. T II. 2ª ed. Ed. Bosch Barcelona. 2010.

- *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. T. III. Derecho de Familia*. 2ª ed. Ed. Bosch. Barcelona. 2010.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*. Ed. La Ley. Madrid. 1994.

GÓMEZ CORRALIZA, B.: *La caducidad*. Ed.: Montecorvo. Madrid. 1990.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C.: *La nulidad parcial del contrato*. Actualidad Editorial. Madrid. 1995.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M.: «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor» en *RDUE*. Ed. EDERSA. Madrid, nº 26 - enero-junio 2014, pp. 313-328.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Gestión del planeamiento y contratos administrativos» en *RDA*, núm. 261-262. INAP. 2002, pp. 27-67.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», *VVAA en La contratación bancaria*. Dir. SEQUEIRA MARTIN, A. *et al.* Ed. Dykinson. Madrid. 2007, pp. 241-276.

GÓMEZ LAPLAZA, M. C.: «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, Vol. 1º B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. Ed. EDERSA. Madrid. 1993.

GOMEZ MANRESA, M.F.: *El particular en la gestión urbanística*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

GOMEZ MARTINHO FAERNA, A.: «La nulidad parcial de los negocios jurídicos» en *Estudios de Derecho Privado*. Vol. 1. MARTÍNEZ-RADÍO, A.E. (Dir.) Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962, pp. 338 y ss.

GÓMEZ-OLIVEROS, J. Mª.: «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)» en *RCDI núm. 565, noviembre - diciembre 1984*, pp. 1407-1448.

GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «STJUE 21.12.2016: Retroactividad ¿absoluta? de efectos de la declaración de nulidad de cláusulas abusivas» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* Nº 20/2016, pp. 37-41.

GONZALEZ GARCIA, J. «El régimen económico del matrimonio, I» en *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Sucesiones*. Coord. SANCHEZ CALERO, F.J. 6ª ed. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012.

GONZÁLEZ LAGUNA M.: «Bienes de menores y Registro de la Propiedad» en *RCDI núm. 570*, septiembre - octubre 1985, pp. 1177-1196.

GONZALEZ MARTINEZ, J.: «Jurisprudencia constructiva» en *RCDI* núm. 125, mayo 1935, pp. 342-356.

- *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*. T I. Ed. Aranzadi. 1ª ed. Navarra. 2009.
- «Matemáticas y Derecho», *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*. T. II. Ed. Aranzadi. Navarra. 2009.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «“Apoderamiento y donación” (El mandato general para donar “cui voles et quid voles”)» en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Vol. 1. T.1. Coord. BLASCO GASCÓ, F.P. Ed. Tirant lo Blanch. 2011, pp. 1273-1289.

- «Comentario a los arts. 80-91 del TR de la LGDCU» en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras Leyes Complementarias*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed. Aranzadi. 2ª ed. Cizur Menor. 2015.

GONZALEZ PEREZ, J. «Artículo 13. Régimen de actividades» en *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo* de GONZALEZ PEREZ, J. y FERNANDEZ FARRERES, G. Ed Civitas. Madrid 2002, pp. 234-238.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: «La donación», *Instituciones de Derecho privado*, coord. general DELGADO DE MIGUEL, J.F., Vol. 3, T. 2. Ed. Civitas. Madrid 2001, pp. 575-938. 2ª ed. 2016, pp. 489-870.

- «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial» en *El notario del siglo XXI*, núm. 59, febrero 2015.

GORDILLO CAÑAS, A.: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal» en *ADC* 1975-1, pp. 101-204.

- *La representación aparente: Una aplicación singular del principio general de protección de la apariencia*. Tesis Doctoral. Univ. Sevilla, 1977. Consultada en <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/767/la-representacion-aparente-una-aplicacion-singular-del-principio-general-de-proteccion-de-la-apariencia/>
- «Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual» en *RDP* marzo de 1983, pp. 214-260.
- *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Ed. Tecnos. Madrid, 1986.
- «Sentencia de 1 de febrero de 1986» en *CCJC nº 10*, enero-marzo 1986, pp. 3405-3413.
- «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I, pp. 935-983. Ed. CERA. Madrid, 1990.
- «Precio Ilegal: ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a la SS. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)» en *ADC* 1993-2, pp. 893- 913.

GOZALO FERMOSEL, J.: *Invalidez del testamento, especial análisis de su nulidad parcial*. Tesis doctoral. Madrid. 2014, consultada en eprints.ucm.es/25002/1/T35276.pdf.

GROCIO, Hugo.: *Del derecho de la guerra y de la paz*. T. II, trad Jaime Torrubiano Ripoll. Ed. Reus Madrid 1925, consultado en fama2.us.es/fde/ocr/2010/delDerechoDe-LaGuerraYDeLaPazT2.pdf

GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1984.

- *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*. Ed. Lex Nova. Valladolid 1991.
- «La naturaleza de la actual sociedad de gananciales» en *ADC* 1992-3, pp. 875-928.

GUILARTE ZAPATERO V.: «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales(I)» en *Actualidad Civil*. 1992-III, pp. 443-479.

- «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (y II)» en *Actualidad Civil* 1992-III, pp. 481-496.

GUILLÉN NAVARRO, N.A.: «La vivienda de protección oficial y su problemática a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *RDUMA*, nº. 246, Madrid, diciembre 2008, pp. 161-205.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La confirmación» en *ADC*, 1960-4, pp. 1195-1219.

- *Curso de derecho civil. El negocio jurídico*. Ed. Tecnos. Madrid. 1969.
- *Curso de derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Ed. Tecnos. Madrid. 1972.
- «Comentario al artículo 6 CC» en *Comentario del Código Civil*, T I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp. 33-37.

GUSTAVO HUGO: *Historia del Derecho Romano*. Traducida del alemán según la setima [sic] edición por Jourdan DMP; revisada por F. Foucelet; traducida al castellano por Casado Tello, M.. Ed: Establ. tip. de DRR de Rivera. Madrid. 1850.

GUTIERREZ SANTIAGO, P.: «Comentarios a los artículos 29 a 32 del Código Civil», en *Comentarios al Código civil* T. I. Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 481-566.

GUZMAN GARCIA, J.J.: *La naturaleza jurídica del matrimonio*. Tesis doctoral. Univ. de Alcalá. 2002.

HART, HERBERT: *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carro. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.

HEINECCIUS, Johann Gottlieb.: *Elementos del Derecho Romano según el orden de las Instituciones*, I, trad. VICENTE Y CARAVANTES, J.. Madrid 1842 Imprenta de D. Pedro Sanz y Sanz. Consultado en <https://books.google.es/books?id=3SpdAAAacAAJ>

HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. Y ROCA FERNÁNDEZ, MJ.

(Coords).: *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020.

HERNÁN CORREA T.: «Comienzo de la existencia y personalidad del que está por nacer» en *RDUCV XIII (1989- 1990)*, pp. 33-50.

HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a.D.: «Consumidor y comerciante» en *Manual de derecho de consumo*, DÍAZ ALABART, S. (coord.), DÍAZ ALABART, S. y CARRANCHO HERRERO, M^a.T. (Dirs). Ed. Reus. Madrid, 2016, pp. 29-41.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Ed. Organización Sala Editorial. Madrid 1973.

- «Perspectiva sociológico-jurídica de la persona. Conferencia pronunciada el 27 de marzo de 1968, en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos». *Obras completas*, T. I: *Conceptos jurídicos fundamentales*. Ed. Espasa-Calpe. Madrid, 1987, pp. 523- 534.

HERNÁNDEZ GIL, F.: «Art. 1755» en *Comentario del Código Civil*. T. 7. Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. Ed. Bosch. 1^a ed. Barcelona. 2000, pp. 1019-1024.

HERRERO GARCÍA, M^a.J.: «Comentario al artículo 1322 CC» en *Comentario del Código Civil*, T. II. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp. 594-596.

HERRERO JIMÉNEZ, M.: «Concepto de consumidor en el derecho de la Unión Europea (The notion of consumer in European Union Law)» en *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 28, 2016, pp. 183-216.

HERVADA XIBERTA, J.: «Concepto Jurídico y concepto filosófico de persona» en *La Ley*, 1981-1, pp. 942-946.

- *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* 4^a ed. Ed. EUNSA. Navarra, 2008.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L.L.: *El Realismo jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Ed. Fernando Torres editor. Valencia, 1981.

HOYOS CASTAÑEDA, I.M.: *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*. Ed. TEMIS S. A. Bogotá (Colombia) 2005.

HUALDE SÁNCHEZ, J.: «Comentarios a los artículos. 181 a 198 CC» en *Comentarios al Código civil: t. II, v.2º* coord. por RAMS ALBESA, J. y MORENO FLOREZ, R. Ed. Bosch. Barcelona. 2000, pp. 1623-1649.

HURTADO BAUTISTA, M.: «Sobre la tópica jurídica en Giambattista Vico» en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-UCM 1986, pp. 583-604.

IGLESIAS SANTOS, J. *Espíritu del Derecho romano*. Facultad de Derecho de la UCM. Madrid, 1980. 1^a ed. (la 2^a edición en Ed. CERA. Madrid. 1991).

- *Derecho romano*. 18ª ed. Ed. Sello editorial. Barcelona. 2010.

IHERING, RUDOLF VON: *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. T. IV. Ed. A. Marescq. París, 1880 consultado en <https://archive.org/details/lespritudroitro04jher/page/n8>.

INFANTE RUIZ, F.J.: «La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en *Acceso a la Vivienda y contratación*. PARRA LUCAN, M.A (dir.). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 217-269.

- «The Integration of Advertising Statements into the Content of the Contract» en *European Perspectives on the Common European Sales Law, Studies in European Economic Law and Regulation 4*. Ed. PLAZA PENADÉS, J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. Springer. Cham (Suiza) 2015, pp. 67-92. Consultado en https://www.researchgate.net/publication/283720755_The_Integration_of_Advertising_Statements_into_the_Content_of_the_Contract

ITURMENDI MORALES, J.: «Acerca de Rudolf von Jhering (1812-1892) y el sistema de los juristas romanos» en *Anuario de la Facultad de Derecho* (Vol. 11, 1993). Ed. Univ. de Extremadura. Servicios de publicaciones. Cáceres, 1995, pp. 417-479.

JACEK ZYGALA: «La «sanatio in radice» en el matrimonio. Naturaleza y perspectivas» en *Cuadernos doctorales. Derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado: excerpta e dissertationibus in iure canonico, 2005-06*, n. 21, pp. 77-186. Consultado en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/6700>.

JAUSET-CLIVILLÉ, F.J.: «Autonomía y dependencia de la persona jurídica en la administración de sus bienes, durante la tarea codificadora y en las normas del código de 1983» en *Cuadernos doctorales*. 1999, nº 16, pp.191-256. Consultado en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/10970>.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*. Ed. Dykinson. Madrid. 2010.

- «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones» en *RCDI* n.º 738, 2013, pp. 2253 a 2328.

JORDÁN DE ASSO Y DEL RIO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M.: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Imprenta Real de la Gazeta. 3ª ed., Madrid, 1780.

JORDANO BAREA, J.B.: *Teoría general del testamento*. Separata de Anales de la Universidad Hispalense. Vol. XXIII. 1963, pp. 61-93.

JORDANO FRAGA, F.: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1988.

JOURDAN MARKIEWICZ, E.J.: *La Naturaleza Jurídica del Embrión Humano. Reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales*. Ed. Académica Española. Alemania. 2012.

JUSTINIANO: *Cuerpo del Derecho Civil Romano, Instituta-Digesto*. Trad. GARCÍA

DEL CORRAL, I. Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889.

KELSEN, Hans.: *Teoría pura del derecho*. 3ª ed. Ed. Eudeba Buenos Aires 2012.

- *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del derecho*. trad. Legaz Lacambra, L. Colección clásicos del derecho Ed. Reus. Madrid, 2009.

LA PORTA. Antonio María.: *La comunicación como método jurídico. Hermenéutica y Analítica en la Teoría comunicacional del Derecho*. Tesis Doctoral. Univ. de Córdoba, 2019, <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/19038/2019000001986.pdf>

- «La mediación comunicacional en el ámbito jurídico: la teoría comunicacional del derecho como teoría de los ámbitos jurídicos» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 395-411.

LACALLE NORIEGA, M.: *La persona como sujeto del Derecho*. Ed. Dykinson. 1ª edición. Madrid 2013.

LACAYO ARANA, M.A.: *La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación*. Tesis doctoral. Univ. de Salamanca. 2012, consultada en <http://hdl.handle.net/10366/124166>.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: Anotaciones a J. BINDER, *Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho Español por J.L. LACRUZ BERDEJO. Ed. Labor. Barcelona. 1953.

- «En torno a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales» en *RGLJ T. XIX*, 187, 1950, pp. 7 y ss.

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A. *et al.*

- *Elementos de Derecho Civil*, T. I, vol. II Ed. Bosch. Barcelona 1983 (1ª ed.), 2002 (3ª ed. revisada y actualizada por DELGADO ECHEVERRIA, J.) y Madrid. 2010 (6ª ed. revisada y actualizada por DELGADO ECHEVERRIA, J.).
- *Elementos de Derecho Civil*, T. I., vol.3º. Ed. Bosch. Barcelona 1984 y 1990.
- *Elementos de Derecho civil T.II*, Vol. 2º Ed. Bosch. 2ª ed. Barcelona, 1987
- *Elementos de Derecho civil*, T.II, Vol. 3º. Ed. Bosch. 2ª ed. Barcelona, 1986.
- *Elementos de Derecho civil*, T. III, Vol. 1º, Ed. Dykinson. Madrid, 2008.
- *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia*. Ed. Bosch. Reimpr. Barcelona 1984; 3ª ed. T IV- Vol. 1 (1990) y 4ª ed. (1997).
- *Elementos de Derecho civil. T.V. Derecho de Sucesiones*. Ed. Bosch. Barcelona, 1993.

LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Análisis crítico del Real Decreto- ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: mucho ruido para muy pocas nueces» en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*. Dir. ALONSO PÉREZ, Mª. T. Aranzadi. Navarra, 2018, pp. 73-126.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «Sobre la causa en los contratos» en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1988, pp. 1016-1028.

LARENZ, Karl.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de RODRIGUEZ MOLINERO, M. Ed. Ariel. 2ª ed. Barcelona, 1980.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, III: Contratos*. Ed. Marcial Pons. Madrid 2003 (7ª ed.), 2011 (14ª ed.), 2015 (17ª ed.) y 2018 (20ª ed.).

- *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (6ª. ed.). Ed. Dykinson. Madrid, 2014.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: *Conflicto de intereses y comisión mercantil*. Ed. Reus. Madrid. 2009.

LETE DEL RÍO, J. M.: «Artículo 297», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* T. IV. Artículos 181 a 332. Dir. ALBALADEJO, M. 2ª ed. Ed. Edersa. Madrid. 1985.

- «Sentencia de 4 de junio de 1993: Contrato de compraventa de vivienda de protección oficial por precio superior al legal: validez del contrato en los términos estrictos en que fue convenido por las partes» en *CCJC*, núm. 32, abril/agosto 1993, pp. 683-691.

LINACERO DE LA FUENTE. M.: *Régimen patrimonial de la Patria Potestad*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1990.

LLAMAS POMBO, E.: *El Patrimonio de los hijos sometidos a la Patria Potestad*. Ed. Trivium. 1ª ed. Madrid. 1993.

- «Comentario a los arts. 164 a 168 CC» en *Código Civil comentado/ coord. por VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.; CAÑIZARES LASO, A. et al. (dir.)*. Vol. 1. Ed: Civitas/Thomson-Reuters. Cizur Menor, 2011, pp. 810-836.

LLAMAZARES FERNANDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*. Ed: UCM. Madrid, 1989.

LLEDÓ YAGÜE, F.: «Comentario jurídico al art. 9», *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*. Dirs. LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. Coord. MONJE BALMASEDA, O. Ed. Dykinson, 2007, pp. 126 y ss.

- «La filiación: Estudio sustantivo, jurisprudencia y debate social» en *El derecho de familia en expansión* de GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. y TORRES LÓPEZ, G. et al. Ed. Dykinson. Madrid, 2009, pp. 175-220.

LLODRÁ GRIMALT, F.: *El contrato celebrado bajo condiciones generales*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2002.

LLOREDO ALIX, L.M.: *Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Jhering*. Tesis doctoral. Ed. Univ. Carlos III. Getafe, 2010.

- «Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de

conceptos: surgimiento, auge y declive» en *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N.º. 4, 2013, pp. 234-275.

LONGAS PASTOR, B.: «Control registral de las cláusulas abusivas» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J.L. (coord.). Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp.201-223.

LONGO MARTÍNEZ, A.A.: «El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día» en *Revista La Notaria* núm. 1/2014, enero 2014. Ed. Colegi de Notaris de Catalunya, pp. 74-84.

LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Las entidades religiosas», *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. V.V.A.A. Ed. EUNSA. 2ª ed. Pamplona. 1983, pp. 341-363.

- «Eficacia civil de la licencia para la enajenación de bienes eclesiásticos» en *Ius canonicum*, Vol. 29, N.º 57, 1989, pp. 305-326.
- «canon 1285» en *Código de Derecho Canónico*. Edición a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta. 6ª ed. Ed. EUNSA. Pamplona, 2001.

LOPEZ BARAHONA, M. y ABELLAN SALORT, J.C.: *Los Códigos de la vida*. Ed. Homolegens. Madrid. 2009.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «Venta de viviendas de protección oficial a precio superior o inferior al máximo autorizado. Última doctrina jurisprudencial: validez y eficacia civil en los términos convenidos por las partes (Sentencia de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992 y 14 de julio de 1993, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo)» en *Revista General de Derecho* 594, marzo, 1994, pp. 1775-1798.

- *La nulidad de los contratos*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009.
- «Artículo 1301» en *Código civil Comentado*. Vol. III. Dir: CAÑIZARES LASO *et al.* Ed. Aranzadi. 1ª ed. Cizur Menor. 2011, pp. 743-749.

LOPEZ FRIAS, A.Mª.: «Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español» *ADC* 1990-3, pp. 851-866.

LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*. Ed. Bosch. Barcelona. 1998.

LOPEZ LOPEZ, A.M «Artículo 1276» en *Código civil Comentado*. Vol. III. Dir: CAÑIZARES LASO *et al.* Ed Aranzadi. 1ª ed. Cizur Menor. 2011, pp. 678-682.

LÓPEZ MAZA, S.: «Información precontractual obligatoria en la compraventa al consumo» en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz. T. I*. Dir. CARRASCO PERERA, A. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2013, pp. 451-463

LORCA NAVARRETE, A.M.: *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. T. I. Ed. Lex Nova. Valladolid. 2000.

LORENTE SANZ, J.: «Observaciones sobre el principio de disposición de los bienes comunes» en *ADA* 1949/50, pp. 433 -438.

LUIGI VIOLA: *Il contratto: validità, inadempimento, risarcimento*. T. I (2009). Ed CEDAM. Wolters Kluwer. Italia. 2009.

- *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*. Ed. Halley. Matelica (Italia). 2007.

LUNA SERRANO, A.: «Los vicios del consentimiento contractual», en LACRUZ BERDEJO, JL *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 2º. 2ª ed. Ed. Bosch. Barcelona. 1987.

LUTZESCO, G.: *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. ROMERO SANCHEZ, M. y LOPEZ DE LA CERDA, J. Ed. Porrúa. México, 1945.

LYCZKOWSKA, K.: «Dolo in contrahendo. Análisis de la Jurisprudencia», en *ADC* 2009-1, pp. 471-506.

- «¿Es consumidor una persona física que otorga una garantía a favor de una sociedad mercantil?» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 20, 2016, pp. 201-203.

MACIA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*. Ed: Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

MADRAZO MELÉNDEZ, B.: «Resolución de la RDGRN de 8 de julio de 1991» en *CCJC*, núm. 27, sept.-diciembre 1991, pp. 845-857.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Sociedad de gananciales y sociedad civil. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 16 de junio de 1988» en *ASN. Homenaje a Francisco Manrique Romero (Notario)*. 1989. Ed. EDERSA, 1989, pp. 301-331.

- «El órgano de administración de la sociedad gananciales y la adquisición de bienes. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 6 de junio de 1990» en *ASN*, T. 4, EDERSA 1991, pp. 391-449.

MAGRO SERVET, V.: «¿Tienen personalidad jurídica las Comunidades de Propietarios?», en *Boletín "Propiedad Horizontal"* de 1 de febrero de 2011. Consultado en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/personalidad-juridica-Comunidades-Propietarios_11_237430006.html

MANRESA SANCHEZ, J.Mª.: *Historia Legal de España desde la dominación goda hasta nuestros días*. T I. Ed. Establecimiento tipográfico Calle del Sordo. Madrid. 1841. Consultado en <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000131420&page=1>.

MANRESA Y NAVARRO, J.Mª.: *Comentarios al Código civil español. T. I*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid 1890 consultado en Biblioteca Digital Hispánica <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000192994&page=1>

- *Comentarios al Código Civil español*. T VIII. 2ª ed. Imprenta de la Revista de legislación. Madrid 1907.
- *Comentarios al Código Civil español*. T. VIII, vol. 2º, 6ª ed., revisada por

MORENO MOCHOLI, M. Ed: Reus. Madrid, 1967.

- *Comentarios al Código Civil español I*. Ed Reus. 7ª ed. Madrid.1956.

MANTECÓN, J.: «Comentario al c. 1293» en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. VVAA. Vol. IV/1, EUNSA (2ª ed.). Pamplona, 1996, pp. 162-163.

- «Comentario al c. 1296» en *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*. VVAA. Vol. IV/1, EUNSA (2ª ed.), Pamplona, 1996. pp. 168-169.

MANZANARES SECADES, A.: «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo» en *ADC 1985-4*, pp. 979- 1009.

MARCOS GONZALEZ, M.: *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*. Ed. Aranzadi. 1ª ed. Navarra. 2011.

MARIANA, JUAN de.: *Del Rey y de la Institución de la dignidad real*. (1599). Traducido de la 2ª ed hecha en 1640. Ed Imprenta de la Sociedad literaria y tipográfica. Madrid, 1845, consultado en <http://fama2.us.es/fde/delRey.pdf>.

MARÍN CASTÁN, F.: «Comentario de los arts. 625-628» en *Comentario del Código Civil*. T. 4. Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. Ed. Bosch. 1ª ed. Barcelona. 2000, pp. 107-117.

MARIN GARCIA DE LEONARDO, Mª. T.: «El proceso formativo del actual artículo 166 del código civil» en *Cuadernos de la Facultad de Derecho, 11*. Palma de Mallorca 1985, pp. 69-98. Consultado en <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/viewFile/175101/243736>.

- «Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a Patria Potestad, I» en *RDP 1986-I* pp. 221-249 y II en *RDP 1986-I*, pp. 291-339.

MARIN LOPEZ, M.J.: «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato» en *Tratado de contratos*. T. I. Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Coord. MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. Ed Tirant Lo Blanch Valencia, 2013, pp. 597-746.

- «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de enero de 2017» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 20, 2016, pp. 204-208.
- «La condición de consumidor en los contratos con doble finalidad (personal y empresarial)» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 22, 2017, pp. 197-206.
- «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 22, 2017, pp. 86-99.

MARIN PADILLA, M.L.: *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos «utile per inutile non vitiatur*. Ed. Bosch. Barcelona, 1990.

MARIN PEREZ P.: «Comentarios al artículo 1.755 del Código Civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. XXII - Vol. 1º, Artículos 1740 a 1808 del Código Civil. Dir. ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. Ed. EDERSA.

Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-755-263585>

MARIÑO PARDO, F.: «La enajenación, adquisición y aportación a sociedad de activos esenciales por las sociedades mercantiles. El nuevo artículo 160.f TRLSC», consultado en <http://www.iurisprudente.com/2015/03/la-enajenacion-adquisicion-y-aportacion.html>

MARQUEZ GONZALEZ, J.A.: *Teoría general de las nulidades*. Ed. Porrúa. 4ª ed. México, 2008.

MARQUEZ MUÑOZ: «Resumen de algunas normas del Código civil» en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982, p. 525.

MARTIN BLANCO, J.S.: *La compensación urbanística (Principio y sistema)*. Coed.: Facultad de Derecho de la UCM e Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid. 1985.

MARTÍN MELÉNDEZ, M^a. T: *La liquidación de la sociedad de gananciales: restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1995.

MARTÍN PÉREZ, J.A.: «Sentencia de 3 de diciembre de 1993. Contrato de compraventa de vivienda de protección oficial: validez de estipulaciones contrarias a normas administrativas; autonomía de la voluntad. Resolución por incumplimiento» en *CCJC* n° 34, enero/marzo 1994, pp. 177-190.

- *La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. Ed. J. M. Bosch. Barcelona, 1995.

MARTÍNEZ BENAVIDES, P.: «Sobre la influencia de Tópica y Jurisprudencia de Viehweg en el método de interpretación constitucional de Hesse» en *Derecho y Justicia*, n° 4, 2014, pp. 117-138.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones» en *ADC* 1994-1, pp. 31-89.

- «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)» en *Actualidad civil*, n° 3, 2001, pp. 1087-1108.
- «En torno al concepto jurídico de persona (Una contribución teórica para la determinación del estatuto jurídico del concebido no nacido)» en *Cuadernos de Bioética* 2002/1ª, 2ª, 3ª, pp. 43-54.
- «Comentario al artículo 29 del Código Civil» en *Código civil Comentado*. Vol. 1. Dir: CAÑIZARES LASO *et al.* Coord. DE PABLO CONTRERAS *et al.* Ed. Aranzadi. 1ª ed. 2011, pp. 273-279.
- «Comentario al art. 627 del Cc» en *Código Civil comentado*, Vol. II. Dirs. CAÑIZARES-LASO, A. *et alia.* Ed. Civitas-Thomson Reuters. Cizur Menor. 2011, pp. 117-119.

MARTINEZ DIAZ, F.J.: *La nulidad por usura. Análisis legislativo, jurisprudencial y doctrinal*. Eolas ediciones. León, 2020.

MARTINEZ MUÑOZ, J.A.: *El conocimiento jurídico*. Ed. Servicio Publicaciones

Facultad de Derecho. UCM. Madrid. 2005.

MARTÍNEZ ORTEGA, J.C.: «La modificación del título constitutivo en la propiedad horizontal tras la ley 8/2013, de 26 de junio» en *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013, pp. 313 -332.

MARTÍNEZ RIPA, J.: «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial. A propósito de la STS de 22 de abril de 2010» en *Diario La Ley*, n.º. 7566, Sección Tribuna, 10 Feb. 2011. Ed. La Ley.

MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A.: «Casos dudosos de bienes privativos y gananciales» en *AAMN*, vol. XXVI, 1985. pp. 357 y ss.

- «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia» en *RDN* 131, 1986, pp. 7 y ss.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: «Normativa supletoria de la sociedad irregular y de la sociedad legal de gananciales» en *ADC* 1985-1, pp. 43-60.

MARTINEZ VELENCOSO, L. M.: «Validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa» en *RADP*, nº 9, 2002, pp. 205-216.

MAS BADIA, M.D.: «La compraventa de viviendas de protección oficial» en *La protección del consumidor de inmuebles*. Dir. LLEDÓ YAGÜE, F. Coord. MONJE BALMASEDA, O. Ed Dykinson. Madrid. 2013, pp. 119-181.

- *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de cosa común*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2014.
- «Método de avalúo de las viviendas de protección oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de herencia: diagnóstico del problema y propuesta de solución» en *RDC* vol. II, núm. 4. 2015, pp. 121-152.

MATILDE GIROLAMI: *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*. Ed. CEDAM. Padua, 2008.

MAZAN BAEZA, R.: «Jurisdicción aplicable a las Juntas de Compensación en el contrato de obras de urbanización». Edición electrónica de Univ. Internacional de Andalucía. 2012.

MEDINA ALCOZ, M.: «La desaparición de la persona y la declaración de ausencia», *Tratado de Derecho Civil T. III. Vol. 1* Dir. RAMS ALBESA, J. Ed. Iustel. 1ª ed. Madrid. 2014.

MEDINA MORALES, D. et al.: *Ordenamiento y el sistema en el derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

MELICH ORSINI, J.: «La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones» en *ADC* 1984-1, pp. 3-61.

MERINO GUTIÉRREZ, A.: «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial» en *La*

Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 1, 1995, pp. 916-921.

MERLE, ALEXANDRA: «El "De rege" de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio¿un discurso de ruptura?» en *Criticón*, nº 120-121, 2014 (Ejemplar dedicado a: Discursos de ruptura y renovación: la formación de la prosa áurea), pp. 89-102.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDÍCANA, J. (Joan Miquel): *Derecho privado romano*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1992.

- «Comentario a los arts. 392 a 406» en *Comentario del Código Civil*, T I. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp. 1066-1118.
- voz «Anulabilidad», *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. I. Ed. Civitas. Madrid. 1995. pp. 478-479.
- «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO, L. (Dir.) ÁGUILA-REAL, A. (coord.). Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 428-482.
- «Disposición Adicional 1ª, apartado 3: art. 10 bis LGDCU» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO, L. (Dir.) ÁGUILA-REAL, A. (coord.). Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 893-964.
- «La nulidad de las condiciones generales» en *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, Nº. 1, 2006.
- «La nulidad de las condiciones generales» en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* Coord. DELGADO ECHEVERRÍA, J. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 193-223.
- «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad» en *El Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril 2010, n.º 30.
- «Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato. Artículo 83», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Dir. CÁMARA LAPUENTE, S. Ed. Colex. Madrid, 2011, pp. 753-768.

MIRA CANTÓ, A.L.: «Control notarial de cláusulas abusivas» en *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), FORTEA GORBE, J.L. (coord.). Ed.: Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 189-200.

MODESTO FALCON *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral: según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*. Establ. tipográfico de D. Vicente Oliva Salamanca. 1878. Consultado en <http://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.cmd?id=416509>

MONFORT FERRERO, M.J.: «Comentario al artículo 1378 del Código Civil» en *Código civil Comentado*. Vol. III. Dir: CAÑIZARES LASO *et al.* Coord. DE PABLO CONTRERAS *et al.* Ed Aranzadi. 1ª ed. Cizur Menor. 2011, pp. 1044-1047.

MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. 4ª ed. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2014.

MONTES PENADES, V.L.: *Derecho de Familia*. Coord. ROCA I TRIAS, E. Ed. Tirant Lo Blanch. 3ª ed. Valencia. 1997.

MONTES RODRÍGUEZ, Mª.P.: «El precio de la vivienda en la legislación protectora del consumidor» en *La protección del consumidor de inmuebles*. Dir. LLEDÓ YAGÜE, F. Coord. MONJE BALMASEDA, O. Ed. Dykinson, Madrid 2013, pp. 183-227.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*. Trad. GARCIA DEL MAZO, S. T I. Librería General de Victoriano Suárez Madrid 1906. Consultado en fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf

MORALEJO IMBERNON, N.: «Contratos con finalidad traslativa de dominio», *Tratado de contratos T.II* Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013.

MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Comentario al art 1322 del Código Civil», *Comentarios al Código civil: T. VII*. Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed Tirant Lo Blanch Valencia 2013, pp. 9341-9351.

MORALES MORENO, A.M.: «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *ADC* 1982-3, pp. 591-684.

- «Comentario al art. 1265 del Código Civil» en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales T. XVII, Vol. 1º B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DIAZ ALABART, S. Ed. EDERSA. 2004. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1265-231157>
- «Comentario a los artículos 1269 y 1270» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, T. XVII, Vol. 1º B: Artículos 1261 a 1280 del Código Civil*. Dir. ALBALADEJO GARCIA, M. y DÍAZ ALABART, S. Ed. EDERSA. 2004. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>
- «Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe» en *ADC* 2020-III, pp. 983-1065.

MORENO ANTON, M.G.: *La enajenación de bienes eclesiásticos en el Ordenamiento Jurídico Español*. Ed. Univ. Pontificia de Salamanca. 1987.

MORENO CATENA, V.: «Disposición adicional: Ley 13/1983», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela: Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982, y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*. AMORÓS GUARDIOLA, M.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coords.). Ed. Tecnos. Madrid, 1986, pp. 802-824.

MORENO GARCÍA, L.: *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.

MORENO MOZO, F.: «El nacimiento» en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia* / LLEDÓ YAGÜE, F. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dirs), MONJE BALMASEDA, O. (coord.) Vol. 1. Ed: Dykinson. Madrid. 2011, pp. 41-92.

MORENO QUESADA, B.: «De la rescisión de los contratos», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. T. XVII, Vol. 2º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil*

(2ª ed.) Dirs. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. 2ª ed. Ed. EDERSA. 2005. Consultado en <http://vlex.com/vid/rescision-contratos-232686>

- «Comentario al art 1291 del CC», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. T. XVII, Vol. 2º: Artículos 1281 a 1314 del Código Civil (2ª ed.). Dirs. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. 2ª ed. Ed. EDERSA. 2005. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-1-291-232689>

MORO ALMARAIZ, M.J.: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Ed. Bosch, Barcelona. 1988.

MORRONGO MARTIN, Mª.L.: «La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas» en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Coord. BOTANA GARCIA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. Ed. Mc. Graw Hill Madrid, 1999, pp. 321-347.

MOSTAZA RODRIGUEZ, A. «Derecho patrimonial canónico», *VVAA Derecho canónico*. Vol. I. Ed. EUNSA. Pamplona. 1974, pp. 305-348.

- «Derecho patrimonial», en *Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario*. Ed. BAC. Madrid, 1983, pp. 423-462.

MURTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*. Ed. Reus. Madrid. 2012.

NART, Ignacio: «Donación y reversión a personas futuras» en *ADC* 1952-2, pp. 579-606.

NAVARRO VALLS. R.: «La licencia en la enajenación canónica y el derecho español» en *Ius Canonicum* 1970, pp. 303-391.

NAVARRO VILARROCHA, P.: «Los contratos usurarios en nuestro ordenamiento civil» en *RGD* nº 348, septiembre 1973, pp. 826-836 y en *RGD*, nº 349-350, octubre-noviembre 1973, pp. 932-946.

NIETO CAROL, U.: «Activos esenciales, objeto social y poder de representación» en <http://www.commenda.es/novedades-y-jurisprudencia/repertorio-jurisprudencial/organos-sociales/activos-esenciales-y-sociedad-en-liquidacion/>

NUÑEZ LAGOS, R.: *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá. Discurso leído el día 15 de junio de 1950*. Ed. Imp. Viuda de Galo Sáez. Madrid, 1950.

- «La ratificación» separata de *RDN*, enero-marzo 1956, pp. 7-77.
- «Condictio ob turpem vel iniustam causam» en *RDN* 1961, pp. 7-40.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil Comentado y con Jurisprudencia*. Ed. La Ley. 3ª ed. Madrid. 2003 y 7ª ed. Madrid. 2012.

OCHOA RUIZ, N.: *El embrión humano en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: un análisis a la luz de la normativa internacional y europea*. 1ª ed., Ed. Aranzadi. Navarra 2017.

- «La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana» en *Cuadernos Europeos de Deusto* núm. Especial 02 (febrero 2019), Bilbao, pp. 203-224.

OGAYAR AYLLON, T. y LETE DEL RIO J.M.: «Comentarios al artículo 186 Cc», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales T. IV. Artículos 181 a 332 del Código Civil* (2ª ed.) Dirs. por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. 2ª ed. Ed. EDERSA. 2004. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-186-230629>

- «Comentarios al artículo 271 CC» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales T. IV. Artículos 181 a 332 del Código Civil*, Dirs. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. 2ª ed. Ed. EDERSA. 2004. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-271-230721>

OERTMANN, PAUL: «Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos» en *RDP*- Año 1929. T. XVI, pp. 65-80.

OLIVER WENDELL HOLMES JR.: *The Common Law*. Boston. 1881. Ed. by PAULO J. S. PEREIRA Y DIEGO M. BELTRAN University of Toronto Law School Typographical Society. 2011. Consultado en <http://www.general-intelligence.com/librarry/commonlaw.pdf>

- «The Path of the Law», consultado en: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm

ORTEGA Y GASSET, J.: *Historia como sistema*. Colección el Arquero. Revista de Occidente. 6ª ed. Madrid, 1970.

ORTIZ BOLAÑOS, L.: «El significado de la hermenéutica en la teoría comunicacional del derecho. Una reflexión sobre el círculo hermenéutico» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. Y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords) Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 529-541.

OSSORIO MORALES, J.: «Crisis de la dogmática del contrato» en *ADC* 1952-4, pp. 1175-1186.

PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuesta. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1999.

- «Condiciones generales y cláusulas abusivas» en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Dirs. REBOLLO PUIG, M e IZQUIERDO CARRASCO, M. Ed. Iustel. Madrid. 2011, pp. 1306-1442.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Ed: Tecnos. 1975.

PARDO ÁLVAREZ, M.: «El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», en *RDUMA*, nº. 198, diciembre 2002, pp. 11-36.

PAREJO ALFONSO, L.: «La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del "urbanizador" en su concreta versión original, la de la legislación valenciana» en *RDA*, núm. 261-262. INAP. 2002, pp. 69-108.

PARRA LUCÁN M.A.: «Art. 11» en *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio minorista*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y LEGUINA VILLA, J. Tecnos, 1997, pp. 177-198.

- «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)» en *ADC* 2004-2, pp. 549-637.
- «Comentario al art 271-273 del Código civil» en *Comentarios al código civil*. T. II (Arts. 152 a 360) Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. Ed: Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 2404-2437.
- «Comentario al art 287 del Código civil» en *Comentarios al código civil*. T. II (Arts. 152 a 360) Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. Ed: Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013, pp. 2478-2484.

PARRA TORRES, V. *La Protección del Consumidor en el Contrato de Compraventa de Vivienda en Construcción*. Tesis Doctoral. Univ. de Murcia 2014, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=49893&orden=1&info=link> .

PASQUAU LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Ed. Civitas. 1ª ed. Madrid. 1997.

- «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Ed. Aranzadi. Navarra. 2000, pp. 271-309.
- «Comentario a la disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LCU» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. Ed. Aranzadi. Navarra. 2000, pp. 771-794.
- «Artículo 1261» en *Jurisprudencia civil comentada*, PASQUAU LIAÑO, M. (Dir.), coord., ALBIEZ DOHRMANN, K.J., LÓPEZ FRÍAS, A. T. II. Ed. Comares, Granada, 2000. pp. 2160 y ss.
- «La acción de nulidad sí prescribe» en *Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos*. 2006.

PAU PEDRON, A. y DE FUENTES CORRIPIO, J.: *La capacidad en los negocios sobre inmuebles*. Ed. CORPME. 3ª ed. Madrid. 2011.

PAZOS CASTRO, R.: «El control de las cláusulas abusivas y de la autonomía de la voluntad del consumidor ante el Juez (Comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito)» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº. 2162, enero de 2014.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*. Ed. Facultad de Derecho de la UCM. Madrid. 1989.

- «Comentario al art 1344 del Cc» en *Comentario del Código Civil*, T. II. Dir. PAZ ARES RODRIGUEZ, C. [et al.] Ed. Ministerio de Justicia. Madrid. 1991, pp.

PERDICES HUETOS, A. B.: «Artículo 10. Efectos» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO, L. (Dir.) ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.). Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 519-547.

- «Las nuevas competencias de la Junta». Conferencia en las Jornadas sobre la reforma: *Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital* organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo 2015.

PERELMAN, CH., *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Ed. Civitas. Madrid, 1979.

PEREZ ARDA, E.: «De los contratos nulos» en *RGLJ* Vol. 55, nº 110, 1907, pp. 535-544.

PEREZ DE CASTRO, N.: *El menor emancipado*. Ed. Tecnos. Madrid.1988.

- «Artículo 186» en *Comentarios al Código Civil*. coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Ed. Aranzadi, 4ª ed. Cizur Menor, 2013, pp. 381-382.

PÉREZ DEL VILLAR CUESTA, R.: «Cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario a la luz de la jurisprudencia del TJUE». Consultado en <https://elderecho.com/clausulas-abusivas-en-contratos-de-prestamo-hipotecario-a-la-luz-de-la-jurisprudencia-del-tjue>

PÉREZ GURREA. R.: «La donación de bienes inmuebles encubierta bajo la forma de una compraventa otorgada en escritura pública: el problema de la simulación y la forma» en *RCDI* n.º 723, enero 2011, pp. 569-584.

- «Validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2012» en *RCDI* n.º 734, nov. 2012, pp. 3561-3577.

PÉREZ LUÑO, A.E.: «Giambattista Vico y el actual debate sobre la argumentación jurídica» en *Cuadernos sobre Vico*, Nº 5-6, 1995-1996, pp. 123-138.

PÉREZ RAMOS, C.: «¿Qué le pasa al TS con los poderes?», *El notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2014, nº 54.

- «El 160», *El notario del Siglo XXI* – mayo-junio 2015, nº 61.

PÉREZ UREÑA A.A.: «La valoración de la vivienda de protección oficial en la liquidación de gananciales, a la luz de la praxis judicial» en *Boletín Derecho de Familia* de 1 de noviembre de 2012. El Derecho-Tribuna, 1-XI-2012, pp. 1-8.

PÉREZ-SAUQUILLO PÉREZ, M.: «Reflexiones sobre la reforma de tutela llevada a cabo por la Ley de 24 de octubre de 1983», *RDN*, enero-marzo 1984, pp. 441 y ss.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda». Consultado en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/investi->

[gacion/2005/pdf/11.pdf](#) (pp. 1-26); también puede consultarse en *Estudios sobre Consumo* 77 (2006), pp. 23-38.

- *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.
- «Los contratos de adhesión» en *Tratado de contratos*. BERCOVITZ, R. (dir.), MORALEJO IMBERNÓN, N./QUICIOS MOLINA, S. (Coords.), Vol. 2. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 1793-1909.

PIETROBON, VITTORINO: *El error en la doctrina del negocio jurídico*. Trad. y notas de ALONSO PEREZ, M. Ed. RDP. Madrid, 1971, pp. 421-422.

PERDICES DE BLAS, L. y REVUELTA LÓPEZ, J.: «La cuestión fiscal en el pensamiento de la Escuela de Salamanca» en *XVI Encuentro de Economía Pública*. Granada, 2009. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2942043.pdf>

PINO ABAD, M.: «Comentarios a los artículos 61 y 65. La relevancia negocial de la publicidad comercial: integración publicitaria del contrato celebrado con consumidores» en *La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*. Dirs. REBOLLO PUIG, M e IZQUIERDO CARRASCO, M. Ed: Iustel. Madrid. 2011, pp. 1106-1131.

PIZARRO NEVADO, R.: «Sistema de compensación» en *Fundamentos de Derecho urbanístico*. T. I Coord. MARTIN REBOLLO, L. y BUSTILLO BOLADO, R.O. Ed. Aranzadi. 2ª ed. Cizur Menor. 2009, pp. 720-750.

PLANA ARALDOS, Mª.C.: «Sentencia de 11 de marzo de 2014. Facultades de moderación de los tribunales de la pena convencional por desistimiento unilateral en un contrato de mantenimiento de servicio de ascensores» en *CCJC*, 96, 2014, pp. 523-542.

POLO ARÉVALO, E.: «Origen y significado del principio conceptus pro iam nato habetur en derecho romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente Código civil» en *AFDUC*, 11, 2007, pp. 719-739.

POMPEU CASANOVAS y JOSE JUAN MORESO: *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Ed. Critica. Barcelona. 1994.

POPPER, Karl. R. *La sociedad abierta y sus enemigos* Ed. Paidós.

POU AMPUERO, F.: «Donaciones hechas por una S.A.» en *RJN*, nº 36, 2000, octubre-diciembre, pp. 307-310.

POVEDA BERNAL, M. I.: *Relajación formal de la donación*. Ed Dykinson. Madrid. 2004.

PRETEL SERRANO, J.J.: «Comentario al art 1378 del CC» en *Comentario del Código Civil*. T. II. Dir. PAZ ARES RODRIGUEZ, C. [et al.] Ed. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991, pp. 719-722.

PUFENDORF, SAMUEL: *Le droit de la nature et des gens*. T. 1; trad. de Jean Barbeyrac. Consultado en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5623x/f151.image.telImage>

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II. Vol. I. Ed. Bosch, 3ª ed. Barcelona, 1988.

PUIG FERRIOL, en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de derecho civil*, T. I, Vol. 1, Parte general: sujeto y objeto de derecho, Barcelona, 1979.

- *Fundamentos de derecho civil*, T. I, Vol. I, 2ª parte. Barcelona, 1979.

QUIÑONERO CERVANTES, E.: «El dolo omisivo», en *RDP* T. 63, enero-diciembre 1979. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid pp. 345-357.

RAGEL SANCHEZ, L.F.: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010. Venta de vivienda perteneciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorización judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores partícipes» en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 4º (2010) Dir. YZQUIERDO TOLSADA, M. Ed. Dykinson. Madrid. 2011, pp. 703 a 734.

- «La sociedad de gananciales» en *Tratado de Derecho de la Familia. Vol. III. Los regímenes económico matrimoniales (I)*. YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. (dir.). Ed. Aranzadi. Pamplona. 2011, pp. 625-712.

RAMON CHORNET, J.C.: «Las condiciones generales de la contratación: el nuevo registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad» en *RCDI*, n.º 661, septiembre-octubre, 2000, pp. 2625-2690.

RAMOS CHAPARRO, E.J.: *La persona y su capacidad civil*. Ed. Tecnos. Madrid 1995.

RAMS ALBESA, J. J.: «Contrato de suministro. Precios superior al autorizado. Causa torpe. Nulidad parcial», *CCJC* núm. 8, 1985, pp. 2669-2678.

- *La sociedad de gananciales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992.

RASTROLLO SUÁREZ, J.J.: *Poder público y propiedad privada en el urbanismo: La Junta de Compensación*. Ed. Reus. Madrid. 2013.

REBOLLEDO VARELA, A.L: «Comentarios al artículo 1378 del Código Civil», *Comentarios al Código civil*. T. VII Dir. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Ed Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 9740-9743.

RECALDE CASTELLS, A.: «El derecho de consumo como derecho privado especial» en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. TOMILLO URBINA, J. (Dir.) y ÁLVAREZ RUBIO, J. (Coord.). Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2008, pp. 537-568.

RECASENS SICHES, L.: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México DF, 1971.

REGELSBERGER, F.: *Pandekten*. Leipzig. 1893. Consultado en <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22188750%22>

REMESEIRO REGUERO, R.: «La función notarial de control de legalidad. Estado de la cuestión en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas» en *AFDUC* 22 (marzo), pp. 274-297.

RIBAS ALBA, J.M.: «Persona: génesis de un concepto jurídico y teológico. Quinto Mucio Escévola, Cicerón, Pablo de Tarso, Gayo, Tertuliano» en *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho*, nº. 9, 2011, pp. 449-476.

RIERA AISA, L.: voz «Conversión (del negocio jurídico)» en *NEJ*. T. V. Ed Francisco Seix S.A. Barcelona 1976, pp. 713-718.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil. T. III*, art. 1315 a 1976. Dir. PASQUAU LIANO. M. 2ª ed. Ed. Comares, Granada, 2009.

RIVERA SABATES, V.: *El retracto convencional*. Tesis Doctoral. UCM, Facultad de Derecho. Consultado en <https://eprints.ucm.es/2222/1/T23605.pdf>

RIVERO HERNANDEZ F.: «Naturaleza y situación del contrato del "Falsus Procurator"», *ADC* 1976-4, pp. 1047-1136.

- «Responsabilidad del "falsus procurator" por no ratificación del contrato celebrado sin poder» en *ADC* 2006-3, pp. 989–1063.

ROBLEDA, Olis: *La nulidad del acto jurídico*. 2ª ed. Ed Librería Editrice dell' Università Gregoriana, 1964.

ROBLES MORCHON, G.: «La decisión en el derecho y la tópica jurídica», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. 1983: Vol. 6. Univ. Palma de Mallorca.

- *Introducción a la Teoría del Derecho*. Ed. Debate. Madrid. 2ª ed. 1989.
- *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.
- «El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la C.E.)», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. *El libre desarrollo de la personalidad*. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Univ. de Alcalá. 1995, pp. 45-61.
- *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 2009.
- *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la Teoría Comunicacional del Derecho* (Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Robles Morchón. Sesión del día 3 de noviembre de 2009), Madrid, 2009, en <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/19038/2019000001986.pdf>
- *Hans Kelsen: vida y obra*. Ed. Civitas. Cizur Menor, 2014.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Vol. I, 6ª ed. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Vol. II, 1ª ed. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015.
- *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho*, Vol. III, 1ª ed. Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2021.
- *Cinco estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Ed. Olejnik. Chile. 2018.

ROBLES MORCHÓN, G. (Coord) y ORTIZ BOLAÑOS, L. (Coord.). *Comunicación, lenguaje y derecho. Contribuciones a la teoría comunicacional del derecho* (e-book). Ed: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ROCA FERNÁNDEZ, M.J. «Derechos y deberes: su desconexión en la teoría moderna de los derechos humanos» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 543- 554.

ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho Privado*. La obra «Estudios de Derecho Privado» (dos volúmenes) fue publicada por la Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948 y la 2ª ed. por la Ed. Aranzadi, 2009.

- «La causa en el negocio jurídico» en *Estudios de Derecho privado*, 1948, I, p. 49.

ROCA SASTRE, R.M. Y PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho Privado. T. I. Obligaciones y contratos*. Ed. Aranzadi. 1ª ed. Cizur Menor, 2009.

ROCA SASTRE, R.M./MOLINA JUYOL, J.: *Jurisprudencia Registral. T. IV. Años 1906-1916*. Ed. Bosch. Barcelona, 1953.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El principio de legalidad» en *El Notario del Siglo XXI*, nº 15, sept-oct 2007.

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.G.: «El control registral de las cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario» en *RCDI* nº 705, enero - febrero 2008, pp. 397-410.

RODRÍGUEZ HERRERO, A.: *La Hipoteca de Bienes muebles registrables*. Edit. CORPME. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª.E.: *Disposición de bienes gananciales*. Ed. Aranzadi, Monografías de derecho patrimonial, núm. 4. Pamplona. 2000.

- «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales» en *RDPatr.*, nº 6, 2001. Ed. Aranzadi, pp. 113-158.

RODRIGUEZ PINTO, Mª.S.: *Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho Privado Español*. Ed. CORPME. Madrid. 2005.

RODRÍGUEZ PUERTO, M.J. «Tópica y humanismo jurídico» en *AFD* nº. XVIII, enero 2001, pp. 363-383.

- «Hermenéutica, comunicación y concreción en el derecho» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 555- 567.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B.: «Donación disimulada en escritura pública» en *ADC* 2015-2, pp. 369-407.

RODRÍGUEZ URIBES, J.M. y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII* Ed.: Dykinson. Madrid, 2003.

ROGEL VIDE, C. y ESPIN ALBA, I. *Derecho de la persona*. Colección Jurídica General Ed. Reus. 2ª ed. Madrid, 2018.

ROMERO COLOMA, A.Mª.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Ed. Reus. Madrid. 2013.

ROMERO-GIRÓN DELEITO, J.: «Patria potestad» en *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, N.º. 63, 1986, pp. 497-559.

ROVIRA SUEIRO, Mª.: *Manual de Derecho civil: Derecho de familia AAVV*, Coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., Ed. Bercal, Madrid, 2007.

ROYO MARTÍNEZ, M.: *Derecho de familia. Exposición Elemental del Derecho Civil Español para la iniciación de estudiantes universitarios*. Impr. Suárez, Sevilla 1949.

RUIZ MUÑOZ, M.: *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Ed Lex Nova. Valladolid, 1993.

RUIZ REYES, A.L.: «Cláusulas abusivas en la compraventa profesional de viviendas», *Reclamaciones en materia de consumo*. Coord. NIETO-MORALES, C. y ABASCAL MONEDERO, P.J. Ed. Dykinson, 2016, pp. 55-166.

RUIZ RODRÍGUEZ, V.: *El aborto: aspectos jurídicos, antropológicos y éticos*. Univ. Iberoamericana. México. 2002.

RUIZ SERRAMALERA, R.: *Derecho civil. Derecho de la persona*. Imp Fotoprint. Madrid. 1985.

SABORIDO SANCHEZ, P.: *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2005.

SAINZ-EZQUERRA FOCES, J.M.: *La regula catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*. Ed. Univ. de La Laguna. La Laguna, 1976.

SALA BAÑULS, J.: *Institutiones romano hispanae: ad usum tironum hispanorum ordinatae*. T. I. 2ª ed. Valentiae ex Officina Fratrum de Orga 1795. Consultado en <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000162502&page=1>

SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 297 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I. Dir. PAZ ARES RODRIGUEZ, C. [et al.] Ed. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991, pp. 850-851.

SAN ANSELMO «De la concepción virginal y del pecado original», *Obras Completas de San Anselmo* II. BAC 1953.

SAN JULIAN PUIG, V.: *El objeto del contrato*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1996.

SANCHEZ ANDRES, A. «La protección del inversor en el mercado de capitales. Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1992 en el marco de las Jornadas sobre reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor, celebradas en Ávila», en *Reforma del Derecho Privado y Protección del Consumidor. Jornadas organizadas por la Universidad de Salamanca y el Centro Asociado de la UNED de Ávila*. Dir. GALAN CORONA, E. Coord. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J.A. Ed Junta de Castilla y León. Valladolid, 1994, pp. 213-227.

SANCHEZ CALERO ARRIBAS, B.: *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.

SANCHEZ CALERO, F.J.: «Comentarios al art 673 CC» en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. T. IX, Vol. 1º-A: Artículos 657 a 693 del Código Civil*. Dirs. ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. Ed. EDERSA. Consultado en <http://vlex.com/vid/articulo-673-231179>.

SANCHEZ CAMARA, I.: ABC literario de 17 de octubre de 1987 p. XII.

SÁNCHEZ LÓPEZ B. y DíEZ-PICAZO GIMENEZ, I.: «Artículo 9. Régimen aplicable» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DIEZ-PICAZO, L. (Dir.) ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.). Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 483 a 518.

SANCHEZ ROMAN F.: *Estudios de Derecho Civil II. Parte General* Madrid 1911. Establ. tip. «Sucesores de Ribadeneyra». Reimpresión facsímil. Analecta Editorial. Pamplona. 2004.

SANCHO REBULLIDA F. de A.: «Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil», *RGLJ*, 1971-II, pp. 663-681.

- «El concepto de estado civil» en *Estudios de derecho público y privado: ofrecidos al profesor Dr. Ignacio Serrano y Serrano*., Vol. I. Estudios de Derecho Civil. Valladolid, Univ. de Valladolid, 1965, pp. 741-810.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La usucapión inmobiliaria*. Ed. Aranzadi. 1ª ed. Navarra. 2009.

SANTA CRUZ TEIJEIRO, J.: «La colaboración de Windscheid en el Código Civil alemán», *RCDI* 5 (1929), pp. 610 – 615.

SANTO TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, consultado en <http://hjj.com.ar/sumat/index.html>.

SANTOS ARNAIZ, J.A.: «Sobre el método hermenéutico - analítico: Una discusión sobre la parte jurídico - dogmática de la teoría comunicacional del derecho» en *Ordenamiento y el sistema en el derecho*. Dir.: MEDINA MORALES, D. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018, pp. 165-173.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho civil: teoría y práctica*. TIII. Derecho de obligaciones Ed. Revista de derecho privado, Madrid 1973.

SANTOS DíEZ, R. y CASTELAO RODRÍGUEZ, J.: *Derecho Urbanístico. Manual*

para juristas y técnicos, Ed. El Consultor. Madrid, 2001.

SANTOS MORON, M^a.J.: «Información precontractual forma y prueba del contrato» en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Coord. BOTANA GARCIA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. Ed. Mc. Graw Hill. Madrid, 1999, pp.135-161.

SANZ BAYON, P.: «Sobre la tónica jurídica en Viehweg», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 16, 2013, pp. 83-108.

SAVIGNY, F.K. Von.: *Sistema del Derecho romano actual*. T. I, II y III. trad JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY. 2^a ed. Ed. Centro editorial de Góngora. Madrid.

SCHULZ, Fritz.: *Derecho romano clásico*, trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, J.. Ed. Bosch, Barcelona, 1960.

- *Principios del Derecho Romano*, trad. de ABELLAN VELASCO, M. Ed. Civitas. Madrid 1990.

SERRANO ALONSO, E.: *La confirmación de los negocios jurídicos*. Ed. Tecnos. Madrid. 1976.

- «Comentario del artículo 186 del Código Civil» en *Comentario del Código Civil, T. 2 (arts. 90 al 332)*, coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. Ed. Bosch. 1^a ed. Barcelona. 2000.

SERRANO GONZÁLEZ, A. *Un día de la vida de José Castán Tobeñas*. Ed. Tirant lo Blanch. Univ. de Valencia. Valencia 2001.

SERRANO SERRANO, I.: *La ausencia en el Derecho Español*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943.

SERRES LOPEZ DE GUEREÑU, R.: “*Error recidens in condicionem sine qua non*” (*can. 126*). *Estudio histórico jurídico*. Ed. Pontificia Universitá Gregoriana. Roma 1997.

SIMO SANTONJA, V.L.: «Contrato de donación y persona jurídica», *RDP* 1963, pp. 978 -991.

SOLE RESINA, J.: «D.A. 1^a Dos», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la Contratación*. Coord. ARROYO MARTINEZ, I. y MIQUEL RODRIGUEZ, J. Ed. Tecnos. Madrid. 1999, pp. 277-281.

- «Artículo 23», AAVV. coord. ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 221-227.

SOLER PASCUAL, L.A.: «Los consumidores ante la adquisición de un bien inmueble en proyecto o en fase de construcción» en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (Univ. Miguel Hernández)*. Vol. 1. núm. 3-2008, enero 2008, pp. 93-106.

SOSA OLÁN, H. *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*. Ed. Univ. de Salamanca. Salamanca, 2015.

- «El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español» en *Ars Boni et Aequi*, Año 11, Nº. 2, 2015, pp. 167-201.

SOTO NIETO, F.: «El autocontrato o contrato consigo mismo», *Derecho vivo. (Jurisprudencia comentada)*. T II. Ed. RDJ. Madrid. 1971, pp. 327- 357.

- «Nulidad de los contratos» en *NEJ* T. XVII. Ed. Francisco Seix. 1982, pp. 664-687.

STERLING CASAS, J.P. «Teoría comunicacional del derecho y hermenéutica: Gregorio Robles y su visión barthesiana del texto» en *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gregorio Robles*. HERMIDA DEL LLANO, C. MEDINA MORALES, D. y ROCA FERNÁNDEZ, MJ. (Coords). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 637-657.

STOLFI, GIUSEPPE: *Teoría del negocio jurídico*. Trad. y anotado por SANTOS BRIZ, J. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.1959.

STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G.: «Acerca de la naturaleza jurídica del concebido no nacido» en *La Ley*, 1987, nº 2, pp. 1100-1117.

SUÁREZ PINILLA, J.I.: «Nuevas facultades de la Junta General. Juicio de suficiencia notarial» en *RDC*, vol. II, núm. 1. Enero-marzo, 2015, pp. 165-173.

SUAREZ SANCHEZ VENTURA, J.M^a. y MARTINEZ MARTINEZ, F.: «Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil (comentario a una reforma)» en *RDP*, 1981, pp. 851-891.

SUÁREZ SÁNCHEZ, U.: voz «Simple préstamo» en *Enciclopedia Jurídica*, Vol. 20, Ed. La Ley. Madrid, 2009, pp. 11825-11830.

SUAREZ, Francisco.: *Tractatus de legibus ac deo legislatore: in decem libros distributus* Libro I. Consultado en <https://archive.org/download/tractatusdelegi01sugoog/tractatusdelegi01sugoog.pdf>

TAFARO, Sebastiano.: *Ius hominum causa constitutum. Un derecho a medida del hombre*, Trad. José Miguel Piquer Marí. Ed. Dykinson. 1^a ed. Madrid, 2014.

TEJEDOR BIELSA, J.C.: «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001» en *REDA* núm. 112. Octubre-diciembre 2001, pp. 597-611.

- «Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico entre la anomalía y la excepción» en *REDA* núm. 181. Enero-abril 2010, pp. 83-133.

TENA ARREGUI, R.: «La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial» en *RJN*, nº XII, extraordinario 2012, pp. 229-249.

THOMAS, HUGH.: *El señor del mundo. Felipe II y su imperio*. Ed Planeta. Barcelona, 2013.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «La prohibición de autocontratación en la representación legal. Estudio histórico y regulación actual» en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 50, N.º 2, 2002, pp. 145-167.

- «Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea» en *RDUCN*, Año 17 N.º 1. 2010, pp. 187-210.

TOMMASINI, Raffaele: voz «Nullità (dir. Priv.)» en *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII (Nego-Nunz). Giuffrè Editore. Italia, 1978, pp.866-909.

TORRALBA SORIANO, O.V.: «Estudios jurisprudenciales: Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *ADC 1966-3*, pp. 661-708.

- «La llamada incapacidad natural» en *Libro-homenaje al profesor Luis Martín Ballester*. T. I. Ed. Institución «Fernando el Católico. Zaragoza (CSIC), 1983, pp. 569-580.
- «Comentarios a los artículos 1363 y 1367 del CC» en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*. Vol. II. Ed. Tecnos. Madrid, 1984.
- «La incapacidad contractual» en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Ed. Univ. de Salamanca. Salamanca 1984, pp. 703-714.

TORRELLES-TORREA, E.: «La donación en el Código Civil Español: notas sobre la capacidad de las partes» en *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) n.º 129, julio-diciembre de 2014, pp. 355-386. Consultado en <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/articulo/download/11953/9788>

TORRES LANA, J.A.: *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, T. IV. Arts. 1088 a 1444. Dir. ALBACAR LÓPEZ, J.L. Ed. Trivium. Madrid, 1991.

- «Deberes precontractuales de información en las compraventas de inmuebles al consumo» en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz. II*. Dir. CARRASCO PERERA, A. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 2013, pp. 1011-1020.

TORRES MARTINEZ, J.: *Tratado Técnico-Jurídico de la edificación y del Urbanismo* T. IV. Dir. HUMERO MARTIN. A.E. Ed. Aranzadi. Cizur Menor. 2010.

TRINCADO AZNAR, J.M.: «El ámbito legitimador de la usucapación ordinaria de bienes inmuebles», *RCDI*, n.º 780, pp. 2097-2151.

- ¿Es posible la usucapación ordinaria contra tabulas?», *RCDI* 781, pp. 2715-2770.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Donación, condición y conversión jurídica material (Notas con ocasión de una nota crítica)», *ADC 1952-4*, pp. 1205-1325.

- «La jurisprudencia y su relación con la tónica en la concepción de Giambattista Vico» en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 206-207, 1976, pp. 77-136.
- *Estudios sobre donaciones*. Ed Montecorvo. Madrid. 1978.
- *Estudios sobre garantías reales*. Ed. Montecorvo. 2ª ed. Madrid, 1984.
- *Panorama del Derecho de sucesiones. II. Perspectiva dinámica*. Ed. Civitas.

Madrid. 1984.

- «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales (Reflexiones que continúan otras de José Luis Lacruz en 1950)» en *ADC* 1990- 4, pp. 1021-1054.
- «La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico» en *REP* nº 206-207, 1976, pp. 77-136.
- «El concepto del derecho en los maestros De Diego, Castán Tobeñas y Castro Bravo» en *ADC* 1998- 3, pp. 1013 a 1034.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*. T. I. 2ª ed. Ed. Talleres Tipográficos “Cuesta”. Valladolid, 1920.

- *Tratado de Derecho civil español. T. V. Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa*. 2ª ed. Valladolid. 1921.

VAZQUEZ BARROS, S.: *El negocio jurídico de compraventa y permuta*. Ed Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

VAZQUEZ DE CASTRO, E.: *Precio y renta en las Viviendas de Protección Oficial (Doctrina y Jurisprudencia)*. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1999.

- *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2003.

VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Ed. Colex. Madrid 1989.

VIEHWEG, TH.: *Tópica y jurisprudencia*, con prólogo de Eduardo García de Enterría y trad. de Luis Diez Picazo. Ed. Thomson Reuters. 2ª ed. Madrid 2007.

VILLAR PALASÍ, J.L.: «Consideraciones sobre el sistema jurídico» en *RAP*, 1983. nº 100-102, Fascículo: 1, pp. 509-572.

VON IHERING, R.: *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 1987.

- *El espíritu del Derecho romano*. Abreviatura por Fernando VELA. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005.

VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil. Teoría General del Derecho civil alemán. Vol. II - I. Los hechos jurídicos*. Trad. TITO RAVÁ Ed. DEPALMA. Buenos Aires, 1947.

WACKE Andreas: «Ex post facto convalescere en Derecho romano y Derecho alemán moderno» en *ADC* 2000-IV, pp. 1369 a 1396.

WIEACKER, Franz: *El principio general de la buena fe*. Ed. Civitas. Madrid. 1977. Prólogo de DIEZ PICAZO, L.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette* (trad. italiana de C. FADDA-P.E. BENSÀ), Vol. I. Unione tipografico editrice, Torino, 1902.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología del justo título en la usurpación: Crónica de una cuestión pendiente» en *ADC* Vol. 54, nº 2, 2001, pp. 547-680.

ZAHINO RUIZ, M. L.: *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código civil*. Ed. Edersa. Madrid. 2002.

ZALBIDEA GONZALEZ, D.: «El patrimonio estable en el CIC de 1983» en *Ius Canonicum*, XLVII, n. 94, 2007, pp. 553-589.

ZAMORANO, VELAYOS, REINOSO: «El comienzo de la vida humana» en *En defensa de la vida*. Ed. Edilibro. Madrid. 1983, pp. 23 y ss.