

La anulabilidad

JESUS DELGADO ECHEVERRIA

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1.—Indicaciones históricas. 2.—Caracterización general. El negocio anulable. 3.—El ámbito de la anulabilidad. 4.—El poder de impugnar. ¿Ejercicio extrajudicial? 5.—Legitimación activa: a) El “obligado principalmente”. 6.—b) El “obligado subsidiariamente”. 7.—c) Otros problemas de legitimación activa. 8.—Legitimación pasiva. 9.—La situación del contratante no legitimado. 10.—Efecto declarativo y efecto restitutorio (art. 1.303). 11.—Deber de restitución y pérdida de la cosa. 12.—¿La enajenación equivale a pérdida? 13.—La restitución por el incapaz (art. 1.304). 14.—Extinción de la acción. Caducidad. 15.—Extinción de la acción por pérdida culpable de lo recibido. 16.—La sanación del negocio anulable. En particular, la confirmación. 17.—Concurso de varias causas de anulabilidad, y de la anulabilidad con otras causas de ineficacia.

1. INDICACIONES HISTORICAS

La distinción entre nulidad y anulabilidad, con estos u otros términos, aparece en la inmensa mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Y es que, como dice Guggenheim, no se concibe un sistema jurídico que no regule las condiciones de validez de los actos jurídicos, y por ello, al menos implícitamente, las consecuencias de la violación de estas reglas; y al atender a estas consecuencias de la violación, difícilmente dejará de apreciarse distintos grados en la privación de efectos. En particular, sea privando totalmente al acto de los efectos pretendidos, sea concediendo a determinado sujeto la posibilidad de eliminar los efectos en principio producidos. Ahora bien, la configuración precisa de los grados de invalidez, y, por tanto, del régimen de la anulabilidad depende menos de consideraciones lógicas que de las circunstancias históricas, los principios valorativos y técnicos y las razones de oportunidad en el seno de cada Ordenamiento.

En el Derecho romano, la distinción entre nulidad y anulabilidad pasa aproximadamente por la línea divisoria entre el *ius civile* y el *ius pretorium*: en consecuencia, sólo en una visión histórica adquiere plena explicación. El remedio pretorio fundamental para privar de efectos considerados inicuos a actos perfectamente válidos según el *ius*

civile fue la *restitutio in integrum*, cuyo carácter procesal se ve reflejado todavía en la opinión más extendida entre nosotros sobre el ejercicio necesariamente judicial del poder de impugnar. 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, incluyéndose en estos últimos todos los que, cualquiera que sea la causa, pueden ser atacados por determinada persona, sin lo cual producen, desde luego, plenos efectos. Esta será también la doctrina castellana tradicional. En el Proyecto de Código de 1851, corrigiendo expresamente la sistemática del Código civil francés, se distingue rigurosamente, de una parte, la rescisión de las obligaciones válidas, y, de otra, la nulidad (incluyendo la que procede de la falta de capacidad de los contrayentes o de vicio del consentimiento), que sólo puede pedirse en determinado plazo y por las personas señaladas por la ley. El Código civil seguirá en esto al Proyecto de 1851, dedicando el capítulo quinto del título “de los contratos” a la rescisión y el sexto a la nulidad de los contratos. La doctrina puso inmediatamente de manifiesto cómo esta nulidad regulada en los artículos 1.300-1.314 se refiere a contratos en que concurren los requisitos del artículo 1.261 (es decir, consentimiento, objeto y causa), por lo que, para distinguirla de los supuestos en que aquellos requisitos no concurren, llamó a éstos de “inexistencia” del contrato, reservando el nombre de nulidad exclusivamente para la que se hace valer mediante la acción prevista en el artículo 1.301. Pero al plantearse posteriormente otras preocupaciones respecto del concepto de “negocio inexistente”, como distinto del negocio nulo, se procedió poco a poco, siguiendo aquí a la doctrina francesa, al cambio de terminología, aplicándose el término de “nulidad de pleno derecho”, entre otros, a los supuestos en que falta alguno de los elementos del artículo 1.261 o se contraría prohibición legal (a lo que inclinaba el antiguo artículo 4.º y hoy impone el artículo 6.º-3 Código civil), y el de “anulabilidad” (según sugiere el artículo 1.300: contratos que “pueden ser anulados”) a los casos del artículo 1.301.

2. CARACTERIZACION GENERAL. EL NEGOCIO ANULABLE

El régimen de la anulabilidad es uno de los regímenes típicos de la ineficacia de nuestro Derecho. Entendida la ineficacia no sólo como total negación de los efectos correspondientes al contenido negocial, sino también como toda desviación de estos efectos impuesta por el Ordenamiento en atención a las diversas formas de discordancia entre el supuesto negocial concreto y la hipótesis negocial normativa. Para la clasificación de los tipos de ineficacia se atiende a una pluralidad de aspectos heterogéneos: por ejemplo, producirse *ipso iure* o sólo tras el ejercicio de una acción de impugnación por quien esté legitimado; afectar a todos en general o sólo a un determinado círculo de interesados;

producirse en el momento mismo en que se perfecciona el acto, o sólo tras sobrevenir otro evento; abarcar a la totalidad de los posibles efectos, o sólo a alguno de ellos; ser o no sanable posteriormente. Todos estos aspectos pueden teóricamente combinarse entre sí dando lugar a muy numerosas variantes; pero sólo algunas de estas variantes hipotéticas existen realmente en nuestro Ordenamiento, y de ellas sólo un número muy reducido tienen una disciplina específica que puede considerarse un régimen típico de la ineficacia. Uno de estos regímenes típicos es el de la anulabilidad, para cuya caracterización se atiende, primordialmente, al mecanismo de la ineficacia, es decir, a ser una ineficacia provocada, dependiente del ejercicio de un poder de impugnación. Como contrapartida, será también una ineficacia sanable, ya que aquel a quien está permitido impugnar puede también confirmar el acto anulable. En su regulación típica, es además la anulabilidad una ineficacia originaria, y establecida para la protección de intereses privados (por ello se deja en manos del interesado el mecanismo de la ineficacia). Este régimen tiene ventajas prácticas, ya que así los incapaces y los afectados por un vicio del consentimiento quedan mejor protegidos que con el sistema de la nulidad absoluta (en el que no podrían aprovechar los beneficios del negocio que les resultara favorable) o el de la rescisión (en el que habrían de probar la lesión sufrida).

Es característico del sistema de la anulabilidad que el negocio anulable sea en un primer momento plenamente eficaz. Se dice también a menudo que el negocio es inicialmente válido. Validez que se califica de provisional, potencial (no actual), dependiente, incierta, precaria, amenazada. En todo caso, y sin poner en duda su plena eficacia provisional, nótese que se trata siempre de un negocio viciado *ab origine* (y por ello inválido, en el sentido de que el supuesto de hecho comercial no se adecua perfectamente a lo previsto en el Ordenamiento jurídico): vicio de origen que como *factum* histórico no es borrado ni por la caducidad de la acción de impugnación ni por la confirmación que eventualmente sobrevengan. Es más bien en el plano de la eficacia en el que debe hablarse de su carácter claudicante o amenazado. Amenazado por la posibilidad de que se ejercite la acción de impugnación, que nace precisamente de la naturaleza viciada del negocio. Podría decirse que el negocio anulable tiene, además de su eficacia ordinaria, la de producir la acción de impugnación, a manera de mecanismo de su eventual autodestrucción.

3. EL AMBITO DE LA ANULABILIDAD

Una interpretación literal del artículo 1.300 llevaría a concebir la anulabilidad como categoría abierta y residual, comprensiva de todos los negocios (al menos, todos los contratos) que, reuniendo los elementos de consentimiento, objeto y causa, padecen de cualquier clase de vicio. Pues "pueden ser anulados" los contratos "siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley".

Pero ni autores ni tribunales han entendido nunca tal cosa. De una parte, los artículos siguientes se refieren tan sólo a algunos concretos vicios, de manera que para los no comprendidos en esta enumeración no sólo no sabríamos cuándo empezar a contar el plazo de la acción de nulidad, sino que ignoraríamos igualmente las personas a las que se atribuye la acción. De otra parte, el antiguo artículo 4.º se consideraba suficientemente expresivo para considerar excepcional cualquier régimen de ineficacia distinto del de la nulidad absoluta; convencimiento que ha llevado en la reciente reforma del Título preliminar a redactar el apartado 3 del artículo 6.º en el sentido de que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas se consideren nulos de pleno derecho y sólo excepcionalmente sujetos a un régimen distinto (entre ellos el de la anulabilidad) cuando las propias leyes lo establezcan para el caso de contravención.

No corresponde a la doctrina de la ineficacia de los negocios jurídicos el determinar enumerativamente cuáles sean los supuestos de uno u otro de sus tipos: este estudio corresponde al de cada figura jurídica. Conviene, sin embargo, observar que el carácter excepcional o de *numerus clausus* que la doctrina atribuye correctamente a los supuestos de anulabilidad, no excluye que estos puedan venir determinados fuera de la sede de los artículos 1.300 y siguientes; y ello no sólo dándoles este nombre (cosa que en el Código sólo ocurre, y desde hace poco, en el artículo 65), sino también porque la semejanza con los supuestos claros de anulabilidad, atendiendo a la finalidad perseguida con la ineficacia (en particular, si se trata de la protección de persona determinada, señalada por el legislador como portadora de la acción) así lo exija. No debe excluirse tampoco que determinados supuestos estén sujetos a un régimen atípico de ineficacia que recoja únicamente algunos rasgos de la anulabilidad. De otra parte, merece recordarse que no son supuestos de anulabilidad, a pesar de la sede en que se regulan, los de ilicitud de causa (arts. 1.305 y 1.306). Nos quedan con ello los supuestos de intimidación o violencia, error, dolo y falsedad de la causa (que hay que entender en el sentido de error sobre la causa, no en el de expresión de causa falsa), falta de capacidad y falta del "consentimiento" que requiere para actos determinados un cónyuge del otro.

Los artículos 1.300 y siguientes se ocupan únicamente de los contratos (el término "actos" aparece ahora, sin embargo, en el 1.301 i. f.). Ahora bien, la disciplina de los contratos es en nuestro Derecho paradigma para todos los negocios jurídicos y en general para toda declaración de voluntad, mientras normas específicas o consideraciones particulares no impidan la aplicación de sus reglas. Por ello, de acuerdo con la tradición doctrinal, el régimen de la anulabilidad se aplica también, tratándose de vicios de falta de capacidad o del consentimiento, a todos los negocios jurídicos patrimoniales. Más discutible es su aplicación en los negocios del Derecho de familia (respecto del matrimonio, recuérdese que el Código contiene una regulación

particular), y al testamento (mientras es clara al contrato sucesorio). La discusión, como he advertido, tiene su sede propia al tratar de estas figuras.

4. EL PODER DE IMPUGNAR. ¿EJERCICIO EXTRAJUDICIAL?

Es de esencia de la anulabilidad que sólo alguna de las personas interesadas disponga de un poder de impugnar el negocio, de manera que hasta que tal poder se ejercite el negocio produzca todos sus efectos, los cuales queden suprimidos retroactivamente por tal ejercicio.

En códigos como el italiano y el francés —luego veremos lo que sucede en el nuestro— da la impresión de que el ejercicio de este poder ha de ser necesariamente judicial, es decir, bajo forma de acción. Ello se explica sobre todo por razones históricas. La *restitutio in integrum* —figura de la que procede la moderna anulabilidad— era en Roma un acto del pretor en ejercicio de su *imperium*, tras ponderación particularizada de las circunstancias del caso. Se presentaba, por tanto, como remedio procesal (no como norma general y abstracta) y este carácter de remedio procesal (*ex officio iudicis*) se mantiene en el Derecho común y pasa a las codificaciones citadas.

Planteamiento distinto es el del Código civil alemán, en el que la impugnación del negocio anulable (*Anfechtbarkeit*) se realiza mediante simple declaración de voluntad, aformal, recepticia (§ 143 BGB). Caso de discutirse la realidad de la causa de anulabilidad invocada, la acción y la sentencia correspondiente serán declarativas, no constitutivas. A esta solución llevan consideraciones teóricas y otras de índole práctica. Desde el primer punto de vista, se recuerda que la regla general es el ejercicio extrajudicial de los derechos y facultades que el Ordenamiento reconoce a los particulares; regla con escasas excepciones, inspiradas en el temor del posible fraude cuando no interviene la autoridad judicial en el cambio jurídico provocado o, en general, por estar implicadas cuestiones de orden público (vgr. separación matrimonial); razones de excepción que no concurren en supuestos como los del artículo 1.301 del Código civil español. En cuanto a las ventajas de orden práctico, los defensores de este sistema afirman que de este modo la situación de pendencia en que se halla la validez o invalidez del negocio se despeja definitivamente con una simple declaración de la persona a quien corresponde en última instancia la decisión.

La doctrina española, ante la letra de la ley, los precedentes históricos y la jurisprudencia del Supremo, no admite por lo general el ejercicio extrajudicial del poder de impugnación. La opinión contraria tropieza con el obstáculo textual de los artículos 1.301 y 1.302, en que se habla de “acción de nulidad” en sentido claramente procesal, así como con el artículo 1.303, en que la “declaración de nulidad” no podría ser sino judicial. Sobre todo, una declaración privada de im-

pugnación no podría ampliar el plazo de cuatro años que para el ejercicio judicial de la acción señala el artículo 1.301; es decir, quien se vio forzado, a pesar de sus protestas, a acudir a los Tribunales (ante la negativa de la contraparte a restituir lo recibido), no podría alegar frente a la caducidad por transcurso de los cuatro años que antes de este término impugnó privadamente el negocio.

Ahora bien, la declaración privada extrajudicial de impugnación no carece absolutamente de efectos: puede ser suficiente cuando el contrato todavía no se ha cumplido o, en general, no se ha alterado prácticamente la situación anterior a la realización del negocio; de otra parte, quien ha declarado extrajudicialmente su voluntad de impugnar el negocio no podría luego pedir el cumplimiento del mismo como válido. En cualquier caso, debe reconocerse la posibilidad de que los interesados solucionen por sí solos la situación: no es razonable forzar a la vía judicial a dos personas que están de acuerdo, cuando los intereses implicados son privados, no hay perjuicio para tercero ni se contraría el interés o el orden público. De manera que, en mi opinión, todos los interesados pueden acordar considerar el negocio como viciado (a través de un negocio de fijación o *accertamento*); y la restitución recíproca de cosa y precio voluntariamente realizada habrá de valorarse como restauración de la situación anterior y no, por ejemplo, como debida a resolución o a mutuo disenso; ello tendrá importancia, por ejemplo, frente a los acreedores de las partes.

5. LEGITIMACION ACTIVA: A) EL "OBLIGADO PRINCIPALMENTE"

Suele decirse que están legitimados activamente para ejercitar la acción de anulación aquellas personas a cuyo favor se ha establecido la anulabilidad. Pero nuestro Código procede a determinar los sujetos legitimados de modo indirecto y menos terminante.

Según el primer párrafo del artículo 1.302, "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos". Observa Borrell que la palabra "obligados" empleada por la ley no es la más adecuada, "porque si el que es víctima de la causa de nulidad del contrato está obligado por no haber cumplido todavía las obligaciones derivadas del mismo, más que una acción para anularlo lo que le interesa es una excepción por si se le reclama que lo cumpla, y, sin embargo, el Código no menciona dicha excepción. Si, por el contrario, el perjudicado ha cumplido las obligaciones del contrato nulo, que es el caso en que necesita de la acción de nulidad, ya no puede llamársele obligado". Ahora bien, entiendo que "obligados" está utilizado por la ley, aquí como en otros lugares, por "vinculados": aquellos cuyos intereses quedan regulados por el negocio. Se trataría de mera cuestión terminológica o, a lo más, de un defecto de técnica sin mayores consecuencias.

Pero, en algunos casos, no son los vinculados por el acto quienes pueden impugnarlo, sino determinadas personas ajenas al negocio. Me refiero, naturalmente, al supuesto del actual artículo 65 y párrafo último del 1.301, es decir, a los actos realizados por uno de los cónyuges sin el preceptivo consentimiento del otro, en que legitimado para su impugnación está el cónyuge cuyo consentimiento se omitió o sus herederos. Esta desviación de la regla general (ya que el cónyuge de quien contrató no es parte en el contrato ni está vinculado por él) se producía ya antes de la Ley de 2 de mayo de 1975 respecto de los contratos realizados por mujer casada, anulables si carecían de licencia marital, a instancia del marido o sus herederos. En ambos casos la explicación es la misma: la norma pretende proteger precisamente al cónyuge de quien contrató; pero ello no deja de plantear algún problema en cuanto a los efectos de la acción por lo que se refiere a la restauración de la situación anterior.

Dejando aparte estos supuestos, se afirma que, en los de menor edad o vicios del consentimiento, legitimada para la impugnación está sólo una de las partes del contrato, aquella menor de edad o que sufrió el vicio, nunca la otra. Ello es, verosimilmente, lo que quiere decir el Código civil, pero no lo dice así. Según el párrafo segundo del artículo 1.302, "las personas capaces no podrán, sin embargo (y este "sin embargo" introduce una excepción, que como tal habría de interpretarse restrictivamente), alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron" (de modo que, ciertamente, en caso de anulabilidad por incapacidad, sólo el incapaz está legitimado); pero sigue el artículo: "ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato". Olvida aquí el legislador que la violencia o intimidación ha podido ser empleada por un tercero que no intervino en el contrato (artículo 1.268), y que el error ha podido no ser producido por el cocontratante, que, por el contrario, acaso lo ignore. ¿Podrá entonces ejercitar la acción de nulación el cocontratante de quien sufrió violencia o intimidación, para él desconocida, de un tercero; o de quien erró sin ser inducido a ello?

No obstante el portillo que en el artículo 1.302 deja abierto, el propio legislador supone en otros preceptos que sólo uno de los contratantes estará legitimado para pedir la nulación: así, en el artículo 1.311 se señala que puede confirmar el contrato "el que tuviese derecho a invocar" la causa de nulidad (presuponiendo que sólo uno de los contratantes se encuentra en tal situación); lo que resulta definitivamente aclarado en el artículo 1.312, en que se advierte que "la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad". Hay, pues, siempre, tratándose de contratos anulables, y a pesar de la letra del artículo 1.302, un contratante legitimado y otro que no lo está.

6. B) EL "OBLIGADO SUBSIDIARIAMENTE"

La posibilidad de que ejercite la acción de nulidad el obligado subsidiariamente ha hecho dudar sobre la señalada dependencia de la acción respecto de la voluntad del protegido. Sin embargo, la hipótesis, de compleja explicación, es mucho más restringida de lo que la letra del artículo 1.302 da a entender. Ha de relacionarse inmediatamente (como *expressis verbis* indicaba el artículo 1.186 del Proyecto de 1851, y el comentario de García Goyena) con la disciplina de la fianza; y, a través de ella, con la de los obligados solidariamente.

El fiador no puede estar obligado a más, o *in durio rem causam*, que el deudor principal; de otra parte, si se le obligara a pagar en supuestos en que el deudor principal podría negarse, se encontraría con esta negativa al ejercitar frente a él su acción de reembolso. En materia de fianza, se ha recibido la distinción romanista entre excepciones *in personam* y las *rei autem cohaerentes*. Las primeras son las "puramente personales del obligado", en el sentido del artículo 1.824, que ejemplifica: "como la de la menor edad". Las segundas, *rei cohaerentes*, serán las resultantes de la naturaleza viciada de la misma deuda (dolo, violencia, error) y podrán oponerse *etiam invito reo*. Lo que viene expresado por el artículo 1.853 al disponer que "el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (las ahora citadas), mas no las que sean puramente personales del deudor" (es decir, procedentes de su incapacidad). Atendiendo a los artículos 1.824 y 1.853 Código civil (*vid* también art. 1.845), y de acuerdo con la doctrina tradicional, el fiador del incapaz no puede ejercitar la acción de nulidad por esta causa, sino que ha de pagar ineludiblemente.

Por lo que se refiere a las obligaciones del deudor principal viciadas por error, dolo o violencia, tampoco puede el fiador hacerlas anular en ejercicio de un propio poder de impugnación. Su situación es la siguiente: si ejercitó la acción el obligado principal, podrá excepcionar frente a la pretensión del acreedor la definitiva ineficacia de la obligación principal y, consiguientemente, de la suya (cosa que, insisto, no podría hacer en el supuesto de que la causa de anulabilidad fuera la incapacidad del deudor principal); si el deudor principal todavía no ha impugnado ni confirmado (confirmación contra la que nada podría hacer el fiador), no me parece que el fiador pueda impugnar por sí (ni siquiera *utendo iuribus* de su eventual deudor en razón de la acción de regreso). El artículo 1.853 le autoriza tan sólo a oponer al acreedor la excepción correspondiente, para evitar que, obligado a pagar, se encontrara luego privado de la acción de regreso por oponerle el deudor principal la excepción que le corresponde. Pero ello no significa, en mi opinión, que el contrato quede definitivamente anulado, sino tan sólo que el fiador puede negar la prestación en tanto que corresponda al deudor principal el derecho de anular el negocio jurídico que es base de su obligación (*cf.* § 770 BGB). Por lo

demás, podrá el fiador provocar fácilmente que el deudor principal impugne o confirme: bien poniendo en noticia del deudor principal su intención de pagar, con lo que, si éste permanece inactivo, no podrá luego oponer al fiador que pagó la excepción que le correspondía (artículo 1.840); bien procediendo judicialmente al ser demandado por el acreedor contra el deudor principal, a lo que se encuentra facultado por el artículo 1.843 (acción llamada de relevación o cobertura), lo que quizá posibilite la deseable llamada a juicio del deudor principal, al menos a través de la acumulación de autos; o bien, por último, en los casos ordinarios, mediante ejercicio de la excepción de previa excusión. Como puede verse, la decisión sobre la conveniencia de impugnar el negocio anulable corresponde íntegramente a quien sufrió el vicio de error, dolo o intimidación; mientras que al fiador no se le obliga al pago sino cuando tienen garantizada la acción de regreso.

A conclusiones similares llegaríamos respecto de los terceros constituyentes de hipoteca, prenda (regular o irregular) o depósito en garantía, por extensión analógica de las reglas de la fianza.

Por lo que se refiere a los obligados solidariamente, el precepto del artículo 1.148, anómalo en el Derecho comparado, plantea graves dudas no resueltas unánimemente por la doctrina. Este artículo autoriza a cada codeudor solidario a servirse de las excepciones “que personalmente correspondan a los demás” en la parte de deuda de que éstos fueren responsables; excepciones entre las que se encontrarían, en principio y por lo que aquí interesa, tanto las relativas a la incapacidad como a los vicios del consentimiento. Tal norma no sólo es contraria a la habitual en el Derecho comparado (en particular, en el modelo más socorrido del Código civil, es decir, el Código civil francés), sino también a la tradición castellana y al Proyecto de 1851, sin que se sepa el motivo que llevó al legislador del 1888 a este cambio. Únicamente puede encontrarse en la doctrina de la época una oscura alusión a la conveniencia de que cada codeudor solidario pueda oponer en compensación el crédito correspondiente a otro deudor, por la parte de deuda de que este sea responsable. No es esta la ocasión oportuna de extenderme sobre la interpretación de este difícil precepto, por lo que me limitaré a adelantar la conclusión a que personalmente he llegado en trabajo inédito sobre la fianza solidaria. Este precepto supone un acercamiento de la regulación de la solidaridad pasiva a la de la fianza, en el sentido de la *fideiussio* recíproca, sobre la que la doctrina discute a partir de la Novela 99 de Justiniano. Por ello, sus efectos no pueden llevarse más allá de los propios de la fianza, lo que, en particular, excluye que un codeudor solidario pueda oponer la excepción de incapacidad de su codeudor (ésta sería excepción “puramente personal”, no aludida en el artículo 1.148), y el ejercicio de la excepción tendría aproximadamente las mismas consecuencias que acabo de señalar para el fiador.

7. C) OTROS PROBLEMAS DE LEGITIMACION ACTIVA

Siendo varios los sujetos de un negocio, cualquiera de ellos puede por sí solo hacer valer la anulabilidad debida a causas a él referidas; pero queda la duda de si el ejercicio de la impugnación repercutirá sobre la totalidad del negocio o bien se mantendrá en los límites de la parte correspondiente al sujeto que impugna. Esta última parece ser la regla general, si bien tratándose de contratos con prestaciones correspectivas la contraparte podrá verosímilmente forzar la resolución —total— por incumplimiento parcial; de otra parte, los demás sujetos en quienes no recaen las causas de impugnación podrán hacer valer la nulidad total del negocio cuando la vinculación del que impugnó deba entenderse como condicionante de las demás declaraciones de voluntad.

De la lectura de ciertas declaraciones jurisprudenciales podría inferirse que cualquier perjudicado por el negocio anulable, en particular los acreedores del protegido, podría impugnarlo. En realidad, las sentencias que podrían invocarse se refieren a casos de nulidad absoluta (designada o no con este nombre), en especial de simulación. La doctrina prácticamente unánime —la excepción podría ser Borrell— niega legitimación a cualesquiera otras personas distintas de las designadas expresamente por la ley como protegidas.

Cuestión distinta es si podrán los acreedores subrogarse en el ejercicio del poder de impugnación que corresponda a su deudor. Lacruz, en trabajo dedicado precisamente al objeto de la acción subrogatoria, se inclina por la afirmativa. A esta opinión no se opone el hecho de que las facultades de anulación sean calificadas en los artículos 1.824, 1.853 y 1.148 de “personales” o “puramente personales” (y el artículo 1.111 excluya de la acción subrogatoria los derechos “inherentes a la persona”), pues el adjetivo “personal” está utilizado en sentidos distintos: como dice el propio Lacruz, “hablar de causa de nulidad inherente a la persona no significa que los acreedores hayan de abstenerse de ejercitar la acción cuya causa esté relacionada de algún modo con la persona del deudor (incapacidad, error, dolo, violencia, etcétera), sino sólo aquellas que aun versando sobre un bien apreciable en dinero se hallen de tal modo vinculadas a él, que sería inmoral confiar a otro la decisión sobre la conveniencia de intentarlas o no”. Ahora bien, es significativo que al propio tiempo Lacruz excluya que los acreedores puedan ejercitar la facultad de confirmar el negocio anulable, facultad que permanecería siempre (aun después de la “anulación” por los acreedores) en manos del deudor; lo que despoja, según creo, de sentido propiamente anulatorio a la intervención de los acreedores, que acaso no sea otra cosa que un medio de forzar al deudor a manifestarse definitivamente sobre la anulación o la confirmación.

8. LEGITIMACION PASIVA

La acción habrá de dirigirse contra la otra parte del negocio o sus causahabientes. Siendo el negocio unilateral, contra el destinatario de la declaración recepticia. Si la declaración no es recepticia, parece que legitimado pasivamente estará el beneficiado indirectamente por el acto y perjudicado consiguientemente por su anulación: por ejemplo, herederos que acrecieron en virtud de la renuncia que se impugna, ocupante de la cosa abandonada. Han de ser demandados todos los legitimados pasivamente en cada caso: de otro modo se apreciará la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Suele decirse que si la acción tiene por objeto declarar la ineficacia de posteriores enajenaciones hechas en base al negocio que se impugna, habrá que demandar también a los terceros adquirentes que resultarían afectados en su consecuencia. Pero, según creo, tales terceros adquirentes ni son destinatarios de la declaración de impugnación, ni reza con ellos la restitución prevista en el artículo 1.303 (que se circunscribe a las partes del contrato). Cuándo y por qué medio distinto del del artículo 1.303) estarán obligados a entregar la cosa objeto del contrato anulado, es asunto de que hablaré más adelante (núm. 12). Naturalmente, si de ellos se pretende la entrega habrán de ser demandados, pero no propiamente en razón de la acción de impugnación.

9. LA SITUACION DEL CONTRANTE NO LEGITIMADO

El contratante que no dispone de la acción de anulación se encuentra en una posición incómoda e insegura, en cuanto que los efectos del negocio están en manos de otra persona, que bien puede mantener esta situación de objetiva inseguridad hasta la caducidad de la acción (por lo menos cuatro años). El Código no se ha preocupado de la situación del contratante no legitimado, acaso por pensar que éste es siempre culpable, causante de la anulabilidad, y por tanto indigno de protección. Pero ya he advertido antes cómo la premisa no es totalmente correcta: quien contrató con incapaz o con quien sufrió violencia o intimidación de un tercero, o con quien erró, puede ser ajeno y desconocedor de estas causas de anulación. En cualquier caso, no hay por qué llevar los perjuicios para el culpable más allá de lo que exige la razonable protección del inocente: parece deseable que pueda forzarse a éste a decidir definitivamente sobre la eficacia o ineficacia. Se ha pensado para ello en utilizar la vía de la acción de jactancia, pero ya se ve que ello sólo será posible en casos excepcionalísimos. De Castro propone, para salvar la dificultad, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si el contrato se ha consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del contrato.

Situación especial y distinta es la de quien contrató con persona casada que no contaba con el "consentimiento" de su cónyuge requerido para tal acto. La caracterización decidida del supuesto como de anulabilidad por parte del legislador, hace muy difícil la aplicación, aun por analogía, del artículo 1.259, con la posibilidad que éste confiere al cocontratante de desligarse del contrato mientras no sea ratificado; posibilidad que, sin embargo, parecería la adecuada, al menos en algunos de los supuestos (de los que, de momento, no es fácil formular una enumeración exhaustiva, y que no parece hayan de ser todos de la misma naturaleza) a que se aplica el nuevo artículo 65. Negada esta posibilidad, parece que el cocontratante desconocedor de la causa de anulación, podría todavía pedir la resolución del contrato por incumplimiento, que quedaría enervada por la eventual confirmación por parte del cónyuge cuyo consentimiento se omitió.

10. EFECTO DECLARATIVO Y EFECTO RESTITUTORIO. (ARTICULO 1.303)

Pueden distinguirse dos clases de efectos: declarativo y restitutorio. De una parte, declarada la nulidad, aparece la originaria invalidez del negocio y se destruye retroactivamente su eficacia. A partir de este momento el supuesto negocial se valorará como nulo desde el principio, y esto respecto de cualesquiera personas, no sólo los contratantes: por ello, la denominación de "nulidad relativa" con que a veces se conoce esta figura es ambigua, ya que oculta que la nulidad, una vez declarada, se impone a todos. Las atribuciones patrimoniales realizadas en virtud del negocio anulado serán valoradas como producidas sin causa: el comprador, por ejemplo, que recibió la cosa, como poseedor (de buena o mala fé, según los casos) no propietario, etc. Se dice por ello que los efectos de la anulación se producen *ex tunc* con retroactividad real.

Ahora bien, si el contrato fue cumplido produciéndose desplazamientos patrimoniales, no basta con esta declaración general de nulidad, sino que para la satisfacción práctica de los intereses de quien invocó la nulidad es necesario proveerle de un medio ágil de restaurar la situación anterior fácticamente cambiada. En teoría, sería suficiente con las acciones genéricas de cobro de lo indebido, que podrían utilizar ambas partes (también la que no estaba legitimada para invocar la nulidad), y que no tendrían conexión recíproca. Pero más adecuados, aun a riesgo de cierta contradicción lógico-formal, hacer nacer, como efecto precisamente de un negocio ya para siempre nulo e ineficaz, una acción específica que, en el caso de haber sido cumplido un contrato (anulado) con prestaciones correspectivas, mantiene la reciprocidad en la restitución. Este es el sentido del artículo 1.303, según el cual, "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del

contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". La regla de reciprocidad se subraya todavía en el artículo 1.308: "Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba". Ambos artículos están pensados para el supuesto de que el contrato anulado produzca obligaciones para ambas partes, que las hayan cumplido, y, más específicamente, el 1.303 parece referido a la compraventa. Pero, con base en los mismos, es posible pedir la restitución de la prestación única realizada, así como la suma de dinero correspondiente a la prestación de servicios por su naturaleza irrestituibles *in natura*. La referencia a los frutos e intereses indica que el legislador ha pretendido conseguir un resultado económico para cada una de las partes equivalente a la situación en que se encontrarían si el contrato anulado nunca se hubiera celebrado. Ello inclina a pensar que habrá que tener en cuenta igualmente la depreciación de la moneda, en su caso. Por lo que se refiere a los frutos de la cosa, puede dudarse si el obligado a restituirla habrá de satisfacerlos en todo caso (como parece indicar la letra del artículo 1.303), o si habrá, por el contrario, que aplicar las normas sobre adquisición y restitución de frutos por el poseedor, según sea éste de buena o mala fé. Esta última es mi opinión, que argumento en otro lugar. La letra del artículo 1.303 se explica porque el legislador cuenta, erróneamente, como hemos visto, con que siempre la parte no legitimada para la impugnación ha procedido de mala fé; y se salva entendiendo que la mención que hace de los frutos, como general, ha de integrarse con la referencia a la disciplina específica de los mismos contenida en los artículos 451 y 455.

11. DEBER DE RESTITUCION Y PERDIDA DE LA COSA

Según el artículo 1.307 "siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha". A pesar de su apariencia de generalidad, este precepto no se aplica a la parte legitimada para pedir la anulación en el caso considerado en el artículo 1.314, es decir, cuando la pérdida de la cosa se deba a su dolo o culpa. (De este artículo me ocupé en el número siguiente). Nos preguntamos también si la parte contraria habrá de restituir el valor de la cosa cuando ésta se perdió sin su culpa por caso fortuito. Manresa lo niega, invocando los artículos 1.105 y 1.182, y observando que precisamente la ineficacia del contrato hace que las cosas sigan perteneciendo de derecho a quien exige su devolución y para él deben perderse. Además —dice este autor—, si con la exoneración a la parte contraria de responsabilidad por la pérdida, no interesa ya la anulación a quien la pide, nada le obliga a exigirla y po-

drá optar por la confirmación. Pienso por mi parte que procede, también aquí, distinguir según la parte contraria conociera o hubiera debido conocer la causa de la nulidad y por tanto ha procedido de mala fe en la recepción de la cosa, o, por el contrario, pueda considerarse-le como de buena fe. En el primer caso, único tenido en cuenta por el legislador, responderá de la pérdida aun por caso fortuito, según el sentido claro del texto legal, que acoge el criterio concordante con el del artículo 1.896 (y acaso con la limitación contenida en la última parte del mismo). Si por desconocer la causa de anulabilidad aceptó de buena fe la entrega de la cosa, sólo responderá en la medida señalada en el artículo 1.897.

Por pérdida de la cosa habrá de entenderse, en principio, como sugiere Manresa, lo que por tal indica incidentalmente el artículo 1.122: "La cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar".

12. ¿LA ENAJENACION EQUIVALE A PERDIDA?

Podemos preguntarnos también si a la pérdida de la cosa se equipara su enajenación. Ello nos obliga a plantear previamente si, y cómo, puede recuperarse la cosa que se encuentre en manos de tercero adquirente; ya que es claro que no podría exigirse a la vez la cosa (del tercero) y su precio o valor (del contratante). En la jurisprudencia es frecuente que se haga valer contra el tercero el artículo 1.303, en cuya virtud, se dice, estará aquél obligado a restituir la cosa, ya que la anulación tiene efectos retroactivos *erga omnes*. Ahora bien, el artículo 1.303 se refiere expresamente a los contratantes, y establece una restitución recíproca de cosa y precio que no tiene sentido respecto de quien no fue parte en el contrato. La solución debe buscarse, a mi modo de ver, por otro camino. El tercero recibió la cosa de un no propietario (pues como tal ha de considerarse ahora, anulado ya el contrato, al contratante), y por tanto sin eficacia traslativa de la propiedad. Salvo que haya usucapido, o esté protegido por el Registro o por el artículo 464 Código civil (según se trate de cosa inmueble o mueble), estará sujeto a la reivindicación del propietario. Si éste se decide por recuperar la cosa mediante la reivindicatoria, acaso pueda todavía pedir al cocontratante frutos e intereses *ex* artículo 1.307 Código civil; piénsese que no siempre podría conseguirlos del tercero, que puede ser poseedor de buena fe. Si, por el contrario, opta por dirigirse únicamente contra el cocontratante, podrá exigirle el valor o el precio de la cosa en la forma que antes he explicado para el caso de pérdida; este comportamiento —que me parece siempre posible a elección del actor— comporta ratificación del negocio ineficaz (por no ser dueño de la cosa quien dispuso sobre ella, ni tener poder para ello), en el sentido del párrafo segundo del artículo 1.259.

13. LA RESTITUCION POR EL INCAPAZ (ART. 1.304)

Cuando la anulabilidad tiene como fin la protección de un incapaz, no está obligado éste a restituir sino "en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera". Esta norma debe ponerse en relación con el artículo 1.163, según el cual, "el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad". De este modo se explica la *ratio* del precepto: el incapaz no ha de restituir sino aquello que válidamente le fue pagado; el "enriquecimiento" del artículo 1.304 no equivale a la mera recepción material de la cosa o dinero, sino al hecho de haberse convertido en utilidad del incapaz; lo cual habrá de ser probado, según las reglas generales, precisamente por quien afirma haber hecho el pago.

La conversión en utilidad del incapaz no ha de consistir necesariamente en un aumento material y duradero de su patrimonio, sino también en el empleo beneficioso y prudente que el incapaz haga de aquello que recibió dentro de lo que determinen sus necesidades, posición y deberes que le ligen a otras personas: no sólo, pues, el aumento efectivo de su patrimonio, sino también cuando se evita un gasto o se satisface una necesidad de la persona o del patrimonio del menor.

Se ha dudado si la disciplina privilegiada del artículo 1.304 se aplica a todos los incapaces, sujetos o no a tutela, ya sea el contrato anulable o bien plenamente nulo por falta de consentimiento. En principio, la respuesta me parece que ha de ser afirmativa, a pesar de los precedentes romanos referidos al sometido a tutela y de la dicción del artículo 1.163 ("persona *incapacitada* para administrar sus bienes"). En este sentido se produce la jurisprudencia. Pero también en la jurisprudencia se encuentra algún atisbo de diferenciación, no según la situación del incapaz (declarado o no como tal), sino de acuerdo con el comportamiento de quien con él contrató, según haya conocido y aprovechado la incapacidad de la otra parte, o hubiera debido conocerla, o bien ni siquiera con la diligencia media exigible hubiera podido darse cuenta de ello. Así, la Sentencia de 9 de febrero de 1949, que aplica el artículo 1.304 en un supuesto de enfermedad mental sin declaración de incapacidad, advierte que "por méritos de equidad pudiera mitigarse el rigor de la referida doctrina otorgando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante", si bien añade la misma sentencia que no se hace en este caso un tratamiento distinto por no haber en los autos antecedentes al efecto. Este trato jurídico distinto (es decir, la aplicación del artículo 1.303), me parece más claro cuando el contratante capaz pueda a su vez impugnar el negocio por haber sufrido error sobre la capacidad de su cocontratante (en las circunstancias normales en que este error

es relevante) y sobre todo cuando pueda invocar el dolo por parte del incapaz.

Podría dudarse si las consecuencias de la anulación de los actos realizados por mujer casada sin licencia de su marido, cuando ésta era necesaria, eran las del artículo 1.304: así lo afirmaba Manresa. Hoy es claro que a los supuestos del artículo 65, redactado nuevamente por Ley de 2 de mayo de 1975, se aplicará el artículo 1.303, es decir, la regla de restitución recíproca y plena de cosa y precio.

14. EXTINCION DE LA ACCION. CADUCIDAD

La seguridad jurídica exige que la situación claudicante del negocio anulable, y en particular de los desplazamientos patrimoniales efectivamente producido en su cumplimiento, no dure indefinidamente, sino que a la posibilidad de hacer valer la causa de anulación se le señale plazo relativamente breve de ejercicio. Así, el artículo 1.301 dispone que "la acción de nulidad sólo durará cuatro años". La doctrina aprecia aquí un supuesto de caducidad, no de prescripción (con lo que excluye la interrupción), sobre la base de la dicción legal (*durará y sólo*), y de la finalidad del plazo a que se sujeta el ejercicio de un derecho potestativo o de configuración jurídica. El artículo citado señala a continuación el momento inicial del plazo de los cuatro años, diciendo, en su actual redacción dada por Ley 2 mayo 1975, lo siguiente: "Este tiempo empezará a correr: en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieren cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuera necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiere tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

Entiendo que el plazo se refiere a la acción de restitución, por lo que el momento inicial no es nunca anterior al cumplimiento del contrato. Así dice la ley expresamente para los casos de error, dolo y falsedad de la causa. Pero lo mismo ha de pensarse para los restantes supuestos, en los que el momento inicial distinto que se señala ha de entenderse posterior al del cumplimiento: antes del cumplimiento no podría exigirse la restitución recíproca de cosa y precio. Naturalmente, descubierto el vicio antes de iniciar el cumplimiento, podría el afectado por él interponer una acción meramente declarativa al respecto. Pero ello ni tendrá sentido práctico en la mayoría de los casos, ni será posible por falta de interés en la acción meramente declarativa sino cuando de contrario se haya exigido ya el cumplimiento. Ahora bien, entonces tal acción será ejercitable siempre, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que cesó la intimidación o violencia,

o desde que el incapacitado salió de la tutela o se disolvió la sociedad conyugal o el matrimonio.

Con este planteamiento, según el cual el plazo de caducidad de los cuatro años se refiere únicamente a la acción de restitución (planteamiento que tomó en lo esencial de De Castro, y que me parece resultar claramente de una lectura atenta del articulado del Código, el cual, en 1888, no podría ocuparse de una acción meramente declarativa), creo que se logra una explicación aceptable sobre el tema tantas veces debatido de la caducidad o no de la excepción de nulidad. Como es sabido, sobre la base de un texto de Paulo (*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*), se discutió de antiguo sobre la perpetuidad de la excepción en los supuestos de dolo o miedo (lo que solía afirmarse), la que se negaba en caso de restitución *in integrum*. La doctrina española moderna, observa De Castro, comienza estando dividida y últimamente parece más bien indecisa. Parecen enfrentarse razones de técnica jurídica (equiparación entre acción y excepción en sentido sustantivo) a razones de equidad. La jurisprudencia, en atención a estas últimas, se ha inclinado siempre por la perpetuidad de la excepción, y en la doctrina se ha señalado (concretamente por Albaladejo) que tal criterio cabe dentro de la letra del Código y puede aceptarse, porque en los casos en que suele aducirse producirá consecuencias más equitativas que el contrario. En mi opinión, hay algo más que razones de equidad. Está la letra de la ley, que habla de acción y de ejercitar la acción; y el precedente del Proyecto de 1851 (art. 1.184), con la explicación clara de García Goyena. Acción, en el Código civil, no puede ser sino una acción de condena, y por tanto, aquí, la que conduce a la restitución recíproca de cosa y precio, la cual sólo puede nacer iniciado al menos el cumplimiento del negocio. La acción meramente declarativa podrá ejercitarse cuando haya interés legítimo para ello, el cual no surgirá normalmente mientras, aún no iniciado el cumplimiento, tampoco haya sido reclamado; y de otra parte, habrá desaparecido cuando, cumplido el contrato, se haya extinguido ya la acción de restitución.

15. EXTINCION DE LA ACCION POR PERDIDA CULPABLE DE LO RECIBIDO

“También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos —dispone el artículo 1.314—, cuando la cosa objeto de éstos se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquélla”. Este precepto confirma la idea de que la acción de nulidad a que se refiere el legislador es precisamente la restitutoria, única cuya extinción puede razonablemente relacionarse con la pérdida de la cosa. Pero, en sí mismo, presenta el precepto difíciles problemas de interpretación. Se ha pensado en relacionar esta causa de extinción de la acción con la confirmación, de modo que vendría a ser una variante de la misma: en este sentido se manifiesta Díez Picazo. Para ello tenemos que su-

poner que la pérdida de la cosa ocurre cuando el legitimado para la impugnación tiene conocimiento de la causa de nulidad y ésta ha cesado, pues sólo entonces cabe confirmar. En este supuesto, la destrucción voluntaria de la cosa (el dolo a que se refiere el precepto no estaría con todo en la destrucción de la cosa, sino en la posterior interposición de la acción), se valoraría como confirmación tácita o, si se quiere, como un acto propio contra el que no se permitiría luego la conducta contradictoria y desleal de la impugnación del negocio. En esta línea interpretativa, es decir, tendiendo a considerar el supuesto como de confirmación, resulta más difícil de explicar el caso en que la pérdida de la cosa haya obedecido a negligencia o descuido del titular de la acción. Como advierte Díez Picazo, cabe cuestionar qué tipo de negligencia es el aquí aludido, toda vez que al ser el contrato anulable un negocio eficaz, aunque claudicante, la cosa pertenece al que la pierde. Puede pensarse entonces que el titular de la acción de anulación tiene un deber de diligencia, una vez que conoce la existencia de la causa de anulación (pero no antes), acaso derivado del deber general de buena fe, cuyo cumplimiento le impediría el posterior ejercicio de la acción. En cualquier caso, no parece que el supuesto pueda considerarse como de confirmación tácita en sentido riguroso.

En un planteamiento totalmente distinto, consideramos la extinción de la acción de restitución como consecuencia del principio de reciprocidad enunciado en el artículo 1.303 y reiterado en el artículo 1.308, al haberse hecho imposible el cumplimiento de su obligación por quien luego reclama la de la otra parte. Es indiferente entonces el tiempo en que se perdió la cosa, que puede ser anterior al conocimiento de la causa de anulación. Esta interpretación del artículo 1.314, a la que parece inclinarse Manresa, es más conforme a su precedente más inmediato, el artículo 1.188 del Proyecto de 1851, en el que se atendía a la pérdida de la cosa ocurrida precisamente antes de empezar a correr el término de los cuatro años; lo que en los casos de error y dolo sucedía desde que se tuvo conocimiento del uno y del otro, de forma que era imposible entender el efecto extintivo de la pérdida de la cosa como confirmación tácita.

Que esto es así se comprueba en el Código comparando en esta materia el régimen de la rescisión. Según el artículo 1.295 “la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses”, en dicción sensiblemente igual a la del artículo 1.303. Pues bien, el artículo 1.295 prosigue: “*En consecuencia* —y merece subrayarse esta ilación— sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado”. Es decir, para el legislador, la regla según la cual perdida por cualquier causa la cosa que uno debe entregar, se extingue el derecho a reclamar la entrega de contrario, está implícita o es consecuencia de la que establece la restitución recíproca de cosa y precio. La norma del artículo 1.314 supone entonces una excepción relativa, introducida en beneficio de quien tiene a su favor la acción de anulación, en cuanto que le per-

mite ejercitarla a pesar de haber perdido la cosa, cuando tal pérdida ocurrió por caso fortuito; excepción que se explicaría, al menos en la mente de García Goyena (véanse sus comentarios a los artículos 1.188 y 1.173 del Proyecto de 1851) en razón de la mala fe presunta de la otra parte.

El segundo párrafo del artículo 1.314, que mantiene en vida la acción de anulación, cuando su causa fuere la incapacidad, a pesar de la pérdida de la cosa (a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad) debe ponerse, pues, también en relación con la regla de restitución de este caso, es decir, el artículo 1.304: el incapaz sólo restituye en cuanto lo que recibió se hubiere convertido en su utilidad, lo cual no ocurre cuando la cosa se ha perdido por cualquier causa.

16. LA SANACION DEL NEGOCIO ANULABLE. EN PARTICULAR, LA CONFIRMACION

Es esencial al concepto de anulabilidad que el negocio pueda producir definitivamente sus efectos propios, fuera ya de toda eventual impugnación, una vez extinguida la acción correspondiente. Si consideramos como causas de sanación del negocio anulable todas las que producen la extinción de la acción de impugnación, tendremos entre ellas el transcurso del plazo y la pérdida de la cosa en los supuestos del artículo 1.314; además de la confirmación en sentido propio. Se ha pretendido más de una vez reconducir todos los supuestos a este último: tanto la pérdida de la cosa como la caducidad de la acción serían una forma de confirmación tácita. Ya he manifestado mi opinión contraria por lo que se refiere al artículo 1.314. La explicación de la extinción de la obligación por el paso del tiempo como forma de confirmación tácita por mero silencio, corresponde a una concepción del Derecho privado en que se procura hacer depender todas las consecuencias jurídicas de la autonomía privada, a través de presunciones o ficciones a veces muy forzadas. En el caso que nos ocupa ha de advertirse que puede haber caducidad de la acción sin que fuera siquiera posible la confirmación: así, cuando cuatro años después de la consumación del contrato no se conoce todavía el error o el dolo, o cuando pasado el mismo tiempo después de la disolución del matrimonio no ha llegado a saber uno de los cónyuges la celebración de un contrato anulable por el otro. Por lo demás, la extinción de la acción por el paso del tiempo no necesita de estas pretendidas explicaciones voluntaristas, ya que tiene su fundamento en la idea de seguridad jurídica.

Ocupémonos ahora de la confirmación. Característica de los negocios anulables, hasta el punto de que se ha considerado su existencia como criterio de ser el supuesto de anulabilidad, es expresión de la idea fundamental de la misma: dejar en manos del favorecido la decisión última sobre la eficacia o ineficacia definitivas del negocio. Es una declaración de carácter negocial, aunque no un negocio jurídico, si re-

servamos este nombre estrictamente para los que fundamentan la relación negocial y sirven de título de los derechos que originan. Se aplicarán, por tanto, las reglas generales de capacidad, vicios, etc., que pueden inducirse y generalizarse para todos los negocios jurídicos y declaraciones a ellos semejantes a partir de la regulación que el Código hace para los contratos. Quienes lo consideran negocio jurídico, advierten su carácter de integrativo, complementario o accesorio del anulable a que se refiera: calificativos quizá no del todo adecuados, en cuanto que el negocio anulable no es incompleto, su ciclo de formación se encuentra completamente cerrado y está produciendo los efectos que corresponden a su contenido.

Efectos de la confirmación son, en principio, dos: extinción de la acción de nulidad (art. 1.309) y purificación del contrato de los vicios de que adoleciera (art. 1.313). Atendiendo principalmente al primero de estos efectos se ha configurado la confirmación como renuncia a la acción de impugnación (en nuestra doctrina, en particular Gullón); y se ha advertido (Albaladejo) que los aspectos positivo y negativo de la confirmación (es decir, querer mantener el negocio y renunciar al derecho de impugnarlo) son el anverso y el reverso de una misma cosa; pues quien quiere la validez de una cosa definitivamente, no puede dejar de renunciar a impugnar, ni quien renuncia a impugnar puede querer la invalidez. En mi opinión, la voluntad declarada puede dirigirse en cualquiera de estos sentidos, sin que las consecuencias varíen. Pero acaso no sea exactamente lo mismo la extinción de la acción de nulidad y la purificación de los vicios de que adolecía el contrato, ni, por tanto, reiteración inútil la de los artículos 1.309 y 1.313: la confirmación puede realizarse en momento anterior al nacimiento de la acción de impugnación (por ejemplo, descubierto ya el error o el dolo pero antes de la consumación del contrato), supuesto en que no sería exacto apreciar una renuncia de lo que todavía no se tiene.

Dispone el artículo 1.312 que la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad; de donde se deduce normalmente el carácter unilateral (e incluso no recepticio) de la confirmación, a la manera de ejercicio de un derecho potestativo o de un poder de configuración jurídica. Pero no se excluye, y puede ser frecuente, que la confirmación se produzca a través de negocio bilateral con aspectos transaccionales.

Como requisitos de la confirmación pueden señalarse:

a) Que el negocio adolezca de un vicio sanable o, lo que es lo mismo, que sea anulable en sentido estricto. El artículo 1.310 establece que "sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261", lo que podría suscitar la duda sobre los contratos nulos de pleno derecho por infracción de una prohibición legal. Pero la expresión del artículo 1.310 es rigurosamente paralela a la que en el 1.300 expresa cuándo los contratos pueden

ser anulados, de modo que el ámbito de la anulabilidad y el de la confirmación coinciden exactamente.

b) Que la causa de anulabilidad haya cesado.

c) Que la causa de anulabilidad sea conocida por quien confirma.

Estos dos últimos requisitos los menciona el Código en el artículo 1.311 únicamente respecto a la confirmación tácita, y no respecto de la expresa. Sin embargo, como señalan Albaladejo y Gullón, como quiera que en la voluntad expresa debe existir una voluntad de confirmar, el conocimiento constituye una necesidad lógica, pues no puede ser querido aquello que no es conocido. No se puede querer confirmar aquello que no se sabe que es impugnabile. Mientras que si la causa de anulación no hubiera cesado, la declaración de voluntad confirmatoria se encontraría afectada del mismo vicio y sería tan impugnabile como el negocio a que se refiere.

La confirmación puede ser expresa o tácita. El Código no se ocupa en particular de la primera; pero de la simple existencia y caracteres de la segunda, así como de la comparación con otros Códigos (el francés y el italiano exigían para la eficacia de la confirmación expresa que el acto contuviera la sustancia de la misma obligación, la mención del motivo que la hacía viciosa, y la declaración de la intención de reparar el vicio sobre que la acción de anulación se sustentaba), se deduce con claridad que en nuestro Derecho la confirmación expresa no necesita forma alguna determinada ni un contenido prescrito. Advierte Díez Picazo que, en cada caso, el establecimiento del sentido y del significado de la declaración confirmatoria deberá ser objeto de interpretación de acuerdo con los principios hermenéuticos generales.

“Se entenderá que hay confirmación tácita —explica el artículo 1.311— cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”. “Implicar necesariamente” ha sido entendido por el Tribunal Supremo en el sentido de mediar “enlace preciso y directo” entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria. El mismo Tribunal ha tenido ocasión de apreciar confirmación tácita en supuestos como los siguientes: se ejercitaron en beneficio propio las acciones derivadas del negocio anulable; se recibieron cantidades o plazos del precio; se dispuso de los bienes recibidos; el Ayuntamiento consignó en su presupuesto las cantidades debidas; el marido presenció lo realizado por su mujer o se aprovechó de ello. Puede convenirse con Díez Picazo que no se trata sólo, o no tanto, de inducir a través de los hechos concluyentes la voluntad de confirmar, cuanto de apreciar objetivamente si la posterior impugnación del negocio constituiría una inadmisibile contradicción al sentido de la propia conducta. La historia doctrinal del principio *venire contra factum proprium* inclina en este sentido.

Los efectos sanatorios de la confirmación se imponen *erga omnes*: es decir, el negocio anulable vale también para los terceros como si desde el principio careciera de vicios. Pero ello no supone una retro-

acción de los efectos de la confirmación. El negocio ahora confirmado era ya eficaz para todos desde el principio, y ahora simplemente deja de estar amenazado por la impugnación, lo mismo que sucede en los demás casos de extinción de la acción de anulación. Por ello, el discutido caso del menor que vende un inmueble y que al ser mayor lo vende a otra persona, y que todavía después confirma la primera venta, habrá de decidirse en el Derecho español —según observa De Castro— conforme al criterio del artículo 1.473, considerando la venta hecha durante la menor edad como la de fecha más antigua.

17. CONCURSO DE VARIAS CAUSAS DE ANULABILIDAD, Y DE LA ANULABILIDAD CON OTRAS CAUSAS DE INEFICACIA

En el concurso de varias causas de ineficacia se plantea un notable problema de Teoría general del Derecho y una pluralidad de cuestiones prácticas. El problema de Teoría general fue suscitado en la doctrina moderna, como es sabido, por el famoso trabajo de Kipp, en 1911, “sobre los dobles efectos (*Doppelwirkungen*) en el Derecho, en particular sobre la concurrencia de nulidad y anulabilidad”. Frente a una concepción de la “causalidad jurídica” tomada de las ciencias de la naturaleza, para la que “un derecho que ha surgido no puede surgir otra vez, y un derecho que no ha existido o que ha sido suprimido no puede luego ser anulado” (así, por ejemplo, Von Tuhr), se hace notar que la relación entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica no puede concebirse al modo de la causalidad física, sino que el supuesto de hecho no es sino condición para mandatos jurídicos. No hay ninguna dificultad en que concurren dos fundamentos del mismo mandato jurídico (por ejemplo, ser propietario por contrato eficaz y por usucapión) o que una misma relación jurídica tenga que ser negada por dos razones diferentes.

Prescindiendo aquí de mayores consideraciones sobre la base teórico-filosófica de la discusión —para la que podemos remitirnos, entre las obras traducidas al castellano, a la “Introducción al pensamiento jurídico” de Engisch— nos interesa señalar que no parece acertado negar la posibilidad de concurrencia de nulidad y anulabilidad en un mismo negocio. Se ha objetado, en una consideración puramente formal y casi diría verbalista, que el negocio absolutamente nulo, inexistente, que no produce ningún efecto, no podría ser impugnado, como no se podría matar a un muerto, o expulsar a un enemigo inexistente. Pero si nos despojamos de las imágenes y tenemos en cuenta que las distintas formas de ineficacia no son sino disciplinas diversas que el Ordenamiento prevé para cuando concurren ciertas irregularidades o imperfecciones en el negocio, no habrá dificultad en admitir la posibilidad de que la misma disciplina venga ordenada por distintos fundamentos concurrentes, o que disciplinas distintas coincidan en un

mismo espécimen negocial, a reserva de precisar luego, según los casos, cuál de ellas deba prevaler, o cómo se armonizan.

La cuestión tiene importantes consecuencias prácticas. Piénsese en una venta de inmueble, nula de pleno derecho por oponerse a prohibición legal, en que una de las partes prestó el consentimiento por error sustancial. ¿Podrá hacerse valer autónomamente la anulabilidad por esta última causa? Estaríamos tentados a la negativa, no por supuestas razones de lógica como las antes desechadas, sino porque, en principio, el Tribunal debería de oficio apreciar la causa de nulidad de pleno derecho, aun no alegada por nadie. Pero, aparte de que puede quedar oculta en el proceso, piénsese en un tercer adquirente del inmueble, concedor del error, pero no de la infracción legal del negocio en el que no fue parte. ¿Se le consideraría por ello de buena fe y protegido en su caso por el Registro? A esta inconveniente consecuencia nos llevaría negar el carácter de anulable por vicio del consentimiento a negocio que hemos supuesto además nulo de pleno derecho.

Recuérdese, por otra parte, que las consecuencias de la declaración de nulidad, o de la anulación, no son las mismas en todos los casos. Puede suceder que ambos contratantes queden obligados recíprocamente a restituirse las prestaciones: es el caso normal, tanto en la nulidad como en la anulabilidad. Pero también que ninguno de ellos o sólo uno pueda pedir lo entregado, quedándose con lo recibido: es la hipótesis de causa ilícita. O que uno de ellos no haya de restituir sino en cuanto se hubiere enriquecido, cuando la causa de anulación sea la incapacidad. ¿Que disciplina de las tres enunciadas se aplicará a un caso en que concurren los supuestos de dos de ellas, o aun de las tres? (por ejemplo, arrendamiento por menor de edad responsable penalmente de un piso para dedicarlo a prostíbulo —siendo ello conocido por ambas partes— en edificio en que esté prohibido por ley especial el arrendamiento). No encuentro en la doctrina ni en la jurisprudencia guía alguna para resolver estos problemas. Da la impresión de que la disciplina de los artículos 1.305 y 1306 prevalecerá siempre que medie causa ilícita, aun siendo incapaz una de las partes: lo que es aún más claro si hubo delito por su parte. Fuera de este caso, parece también que el incapaz podrá siempre hacer valer la anulabilidad por esta causa, y por tanto la regulación privilegiada del artículo 1.304.

Esto último ocurrirá también cuando concorra, junto a la incapacidad de una parte, otra causa de impugnación a favor de la parte capaz que, por ejemplo, contrató por error o era persona casada y no contaba con el consentimiento del cónyuge necesario en aquel caso.

Por lo demás, pueden concurrir sin duda en el negocio varias causas de anulabilidad, todas por una parte o repartidas entre ambas; cada una de las causas podrá hacerse valer con independencia de las demás, con sus efectos propios. La confirmación por una sola de ellas (por ejemplo, porque se ignoran de momento las demás) no impide impugnar luego con base en una distinta. Problemas específicos pue-

den ser el de incapacidad por ambas partes (parece que ninguna de las dos restituiría sino en la medida del enriquecimiento), y el de intimidación o dolo causados precisamente por el contratante incapaz, en que puede dudarse sobre la aplicación del artículo 1.304, y acaso pueda argumentarse que *malitia supplet aetatem*. La sentencia citada de 9 de febrero de 1949 deja abierta la puerta en este sentido.

Con las anteriores consideraciones sobre concurrencia de causas de anulabilidad, o de la anulabilidad con otras causas de ineficacia, he pretendido, de una parte, suscitar una problemática que me parece rica de consecuencias prácticas y descuidada en la doctrina; de otra, subrayar cómo toda ineficacia, a despecho de su propio nombre, es una peculiar disciplina que a modo de sanción apronta el Ordenamiento ante las diversas irregularidades que pueden acumularse en un negocio y en ningún caso, tampoco en la nulidad de pleno derecho, la mera y simple no producción de efectos.

INDICACION BIBLIOGRAFICA

Son pocos los trabajos dedicados a la anulabilidad en nuestro Derecho. Se ocupan éstos, preferentemente, de la caracterización general de la figura, y de situarla en el esquema de la invalidez o de la ineficacia. Todavía puede avanzarse mucho en la exégesis de los artículos del Código civil, especialmente los relativos a las consecuencias de la anulación.

Es fundamental el capítulo que a la anulabilidad dedica DE CASTRO en *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 497-515, cuyos planteamientos sigo en buena parte y prolongo en algunas cuestiones.

El trabajo de Díez PÍCAZO —del que me reconozco también tributario— *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, ADC, 1961 págs. 809-833, constituye una importante contribución clarificadora al tema de la ineficacia —uno de cuyos regímenes típicos será la anulabilidad—, sus modalidades, y el contenido general de tal situación. Ha sido incorporado luego, mejorado, a *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1970, cuyas páginas 306-313 se dedican a la anulabilidad y la confirmación. Como advierte este autor, una construcción completa del tema exigiría una amplia investigación de la historia de los dogmas y de las ideas que en esta materia dominan la ciencia del Derecho, tarea que se encuentra casi enteramente por hacer. (Para la época del Derecho común sigue siendo capital la vieja aportación de RENARD, Georges, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du Droit romain au Moyen Age*, en "Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger, 1903, págs. 214 ss. y 327 ss. Un cuadro más general, en la temática y en el tiempo, en LUTZESCO, George, *Theorie et pratique des nullités*, t. 1, *Nullités des Actes Juridiques à caractère patrimonial*, París, 1938, págs. 43-172; de esta obra hay traducción al castellano, Méjico, 1945).

El artículo de ALBALADEJO, *Invalidez de la declaración de voluntad*, ADC, 1957, págs. 985-1037, se ocupa realmente de los vicios de la voluntad y de las diversas discrepancias entre declaración y voluntad. Está sustituido, con ventaja, por las páginas correspondientes de su *Derecho civil*, I, vol. 2, Barcelona, Librería Bosch, 1975, en que se dedican a la anulabilidad las págs. 424-432.

Conservan su interés los comentarios de MANRESA a los artículos correspondientes del Código civil, en particular a los artículos 1.307, 1.308 y 1.314.

El libro de BORRELL Y SOLER, Antonio M., *Nulidad de los actos jurídicos según el Código civil español*, Barcelona, Bosch, 1947, que en su

momento aportó sobre todo una sistematización de la jurisprudencia sobre la materia, resulta hoy desfasado en sus planteamientos y apenas útil.

Para la confirmación, debe partirse de GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La confirmación*, ADC, 1960, págs. 1195-1219. Sobre la relación entre confirmación tácita y *venire contra factum proprium*, DíEZ PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, espec. págs. 170-176.

Ya entregado el presente trabajo, sale a la luz la tesis doctoral de SERRANO ALONSO, Eduardo, *La confirmación de los negocios jurídicos*. Madrid, Tecnos, 1976. Aportación documentada e inteligente, no supone, sin embargo, una reconstrucción en profundidad de la categoría dogmática de la confirmación en nuestro Derecho.

De la restitución de frutos prevista en el artículo 1.303 Código civil me he ocupado en *Adquisición y restitución de frutos por el poseedor*, ADC, 1975, págs. 559-566.

Por último, una reciente exposición de Derecho comparado (con bibliografía) es la de GUGGENHEIM, Daniel, *L'invalidité des actes juridiques en Droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*, Paris, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, 1970.