

La aplicación del art. 1.306 exige un enjuiciamiento de la culpabilidad respecto de la causa torpe, que puede ser de ambos contratantes o de uno sólo de ellos. Por culpabilidad en la causa torpe hay que entender participación en los hechos que la determinan e imputabilidad de tales hechos. Dada la necesidad de esta valoración, la doctrina más moderna ha creído posible separar, dentro de la hipótesis de culpabilidad de ambos contratantes, la de una igual culpabilidad (*par causa turpitudinis*) y la de una culpabilidad desigual, aplicando la regla primera del art. 1.306 a la primera de las hipótesis citadas y haciendo equivalente la situación prevista por la regla segunda (una sola de las partes es culpable) a la de menos culpabilidad.

Literalmente entendido el precepto que comentamos, exige que la situación existente entre las partes sea de carácter contractual y que el contrato adolezca de nulidad. Sin embargo, es posible aplicar también la regla en los casos de atribuciones que no sean estrictamente contractuales o a las que no quepa referir la idea de nulidad. En este sentido es de recordar que el Código civil argentino y el Código civil italiano de 1942 situaron la regla que nos ocupa al tratar de la *condictio indebiti* como una causa de exclusión de la misma.

La jurisprudencia de todos los países ha tropezado con grandes dificultades a la hora de aplicar la regla de nuestro art. 1.306 o la que se comprende en el aforismo *nemo auditur*. RIPERT cuenta que la Corte de casación francesa se vio forzada a decidir si en una causa penal por proxenetismo, la prostituta que había padecido al proxeneta, podía mostrarse parte para demandar la responsabilidad civil dimanante de delito. Aunque la regla *nemo auditur* lo impedía, la Corte de casación optó por la respuesta afirmativa. Hipótesis parecidas se han producido entre nosotros en la jurisdicción laboral, cuando las llamadas «chicas de alterne» han reclamado salarios o condiciones laborales especialmente establecidos por la ley. Y algo similar ha ocurrido en los llamados arrendamientos de casas de tolerancia, para los cuales resulta incomprensible la regla de que no se deban las rentas arrendaticias o no puedan ejercitarse otras acciones con fundamento en el contrato.

En la jurisprudencia del TS ha tenido acogida la idea según la cual el art. 1.306 no es aplicable si sólo uno de los contratantes entregó algo al otro; de suerte que sólo entra en juego cuando existen recíprocas prestaciones. Esta máxima jurisprudencial procede de la STS de 16 de octubre de 1959 y carece de todo fundamento legal, pues aunque el art. 1.306 piensa que el contrato con causa torpe puede crear obligaciones recíprocas, no excluye su aplicación en los casos en que sólo produzca obligaciones unilaterales, siempre que unas y otras se encuentren contaminadas por la causa torpe. Lo que ocurre con frecuencia es que algunas de las atribuciones no se presentan nítidamente como prestaciones contractuales y probablemente prestaciones contractuales no llegan a ser, aunque la calificación de prestaciones sin más no se les pueda negar. Así ocurría en la citada STS de 16 de octubre de 1959. La demandada había sido la amante del actor y éste le había ido entregando una serie de joyas y objetos de valor. Sufrió después un engaño al interceptar la correspondencia que ella mantenía con un joven galán y quiso obtener la restitución de los bienes entregados. La Audiencia había entendido aplicable la excepción que para la demanda suponía la aplicación del art. 1.306, pero el TS estimó el recurso y casó la sentencia, diciendo que el art. 1.306 no era aplicable al caso del litigio, porque el precepto citado contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso. Como señalé hace tiempo al comentar esta sentencia (*Estudios de la Jurisprudencia Civil*, vol. I, pág. 143), el art. 1.306 no hace esa distinción y, además, en el caso que la sentencia examinaba, había existido con toda probabilidad la «compensación de adverso» constituida por una prestación tan irrestituible como los favores de la demandada de que el actor había disfrutado.

§ 2. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO

11. La figura de la nulidad parcial y sus problemas jurídicos

La ineficacia de un contrato puede ser total o parcial y total o parcial puede ser la ineficacia procedente de nulidad. Como el contrato es una reglamentación autónoma de una situación jurídica, que normalmente se compone de una serie de reglas de conducta de contenido preceptivo, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del contrato o quedar circunscrita a una o varias de sus disposiciones.

Abstractamente, las dos soluciones son posibles. Es posible entender que un contrato, que es un instrumento unitario para la consecución de intereses, según la voluntad de los contratantes y su autónoma decisión, no puede ser eficaz en cuanto una parte de su contenido e ineficaz en cuanto a otra, porque ello significa mutilar la disposición de autonomía privada y crear una reglamentación que no responde ni a la voluntad de las partes ni a sus intereses. La posición contraria se puede formular diciendo que un contrato, en el que una parte de su contenido es nula, debe continuar siendo válido en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes. A esta conclusión se puede llegar partiendo del principio de conservación del negocio, y de la idea de que lo invalidado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*).

Aunque sean abstractamente posibles ambas soluciones, no es legítimo obtener en esta materia una solución de carácter general, pues es preciso ante todo examinar la norma imperativa cuya infracción provoca la nulidad y sólo después examinar la solución de la posible laguna legal cuando de las normas no quepa inferir solución determinada.

12. La nulidad parcial como consecuencia del mandato de una norma imperativa

En el ordenamiento jurídico positivo, la regla de la nulidad parcial encuentra un evidente campo de aplicación. Por vía de ejemplo, se pueden señalar los siguientes supuestos: la nulidad del pacto que exime al vendedor de responder de la evicción si hubiere mala fe por su parte, que no afecta a la validez de la compraventa (art. 1.476 CC); la nulidad del pacto leonino o pacto que excluye a uno o varios socios de toda parte en las ganancias, que no afecta a la validez del contrato de la sociedad civil (art. 1.691); la nulidad del pacto comisorio o pacto que permite al acreedor apropiarse de las cosas dadas en garantía, que no impide la validez del contrato de prenda o de hipoteca.

En los casos en que el mandato de la norma sea la nulidad parcial, a él habrá de estarse, sin que quepa recurso a una solución diferente. La solución es la misma, si, aun no siendo el mandato de la norma literal-

mente claro, a tal solución puede llegarse aplicando los criterios de interpretación de la ley.

13. El problema del tipo de nulidad a falta de solución normativa determinada

Es, sin duda, el problema más complejo y difícil. La doctrina es, por lo general, concorde en el sentido de que se debe examinar la voluntad real o la voluntad presumible de las partes. De este modo, si es posible inducir que las partes quisieron o hubieran querido el contrato, aun sin la parte nula, el resto del contrato debe valer pese a la nulidad, que en tal caso es una nulidad parcial. Si la valoración objetiva de la voluntad de las partes conduce a la solución contraria, la regla ha de ser la de la nulidad total. El problema estriba, en tales casos, en determinar a quién compete la carga de la prueba o, si se prefiere, de la argumentación y, en favor de qué solución se encuentra la presunción legal o la decisión última si la referida valoración no conduce a resultados claros. Nuestro Derecho positivo no da una respuesta a este problema. En el Derecho comparado pueden encontrarse algunas soluciones que deben ser tenidas en cuenta en la medida en que proporcionan alguna orientación. Así, el parágrafo 139 del Código civil alemán se inclina por la regla de la nulidad total al decir que si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio, a menos que deba entenderse que hubiera sido celebrado sin la parte nula. En cambio, el art. 1.419 del Código civil italiano dispone que la nulidad parcial de un contrato y la nulidad de singulares cláusulas del mismo acarrearán la nulidad del todo, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido afectada por la nulidad. En el fondo, existe una tensión entre el principio de autonomía privada y el llamado principio de conservación, deducido si se quiere de la buena fe. A nuestro juicio, debe preponderar el principio de autonomía privada, pues imponer la reglamentación contractual mutilada es imponer una reglamentación que ya no es autónoma. Ello puede ocurrir por voluntad o decisión expresa de la ley, pero se encuentra falta de fundamento si la decisión legal no existe. Por consiguiente, a menos que se demuestre que las partes quisieron o hubieran querido el contrato sin la parte nula, la nulidad debe ser total. La carga de argumentar y probar la voluntad de conservación corresponde a quien sostenga esta pretensión. Además de la voluntad de las partes, la decisión puede adoptarse objetivamente, tomando en consideración los elementos del negocio afectado por la nulidad inicialmente parcial. No puede mantenerse la validez del contrato si la nulidad afecta a elementos esenciales del mismo.

14. La integración del contrato parcialmente nulo y el problema de la sustitución de las cláusulas nulas

Las cuestiones suscitadas por la nulidad parcial no concluyen con la decisión en favor de ella o de la nulidad total a falta de expresa previsión

normativa. Supuesto que la decisión se adopte en favor de la nulidad parcial, habrá que saber de qué manera se integran las cláusulas declaradas nulas.

La solución parece sencilla en los casos en que existe nulidad parcial ordenada expresamente por la norma o deducida de la finalidad de ella y es además posible que el negocio funcione sin la parte nula y sin ninguna integración o sustitución. Este es, v. gr., el caso si se trata de la nulidad del pacto comisorio en la prenda. Existirá el derecho real de prenda sin la facultad de apropiación atribuida al acreedor.

Si la nulidad parcial es ordenada expresamente por la ley o se deduce de su finalidad y existe decisión normativa sobre la regulación aplicable, es decir, estamos en presencia de lo que se ha llamado «normas imperativas o sustitutivas», a ellas habrá de estarse, siendo indiferente cuál haya sido la voluntad de los contratantes o si la parte del contrato afectada por la nulidad es o no esencial. Piénsese en el caso de que por violación de los precios de tasa oficiales en materia de compraventa o de arrendamiento la ley ordene que tales contratos hayan de considerarse celebrados por los precios oficiales.

Si la nulidad parcial es ordenada expresamente por la ley, pero ésta no establece la regulación sustitutoria o si la nulidad parcial se obtiene en aplicación de las reglas generales sobre voluntad conjetural o presumible, la regulación sustitutoria puede resultar de los siguientes criterios:

1.º Si las partes han previsto expresamente la posibilidad de la nulidad parcial y han establecido ellas mismas la regulación supletoria (cláusulas de salvaguarda) habrá de entrar en funcionamiento esta regulación siempre que, lógicamente, nos encontremos en ámbito de funcionamiento de autonomía privada.

2.º En los demás casos habrá de funcionar el Derecho legal dispositivo, pues en él existe un modelo general de regulación. Por ejemplo, la nulidad del pacto leonino en la sociedad civil ex art. 1.691 CC conduce a la aplicación del párrafo segundo del art. 1.689 y a la regla de la proporción entre aportaciones y participación en ganancias.

3.º A falta de Derecho legal dispositivo, deberán aplicarse las reglas deducibles del principio de buena fe aplicado en función de integración, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.258.

§ 3. LA CONVALIDACION Y LA CONVERSION DE LOS CONTRATOS NULOS

15. La convalidación de los contratos nulos

Algunos autores entienden que el contrato radicalmente nulo no puede convalidarse de ninguna manera, rigiendo en este punto la llamada regla catoniana, según la cual *quod ab initio vitiosum est non potest tracto tempore convallescere*. Partiendo de esta idea, el término de «convalidación» se utiliza para designar la sanación de un contrato meramente impugnabile por desaparición de la causa de impugnabilidad. Sin embargo, la hipótesis de sanación del contrato impugnabile, utilizando la terminología de nuestro CC, debe ser considerada como «confirmación» y debe, por consiguiente, reservarse el nombre de convalidación para aquellos supuestos ciertamente excepcionales en los cuales, pese a la nulidad radical del contrato nulo, admite rectificación o regularización.

En principio parecen actos convalidables, pese a su inicial nulidad, aquellos respecto de los cuales su autor carecía del poder de legitimación necesario para afectar a la esfera de intereses contemplada por el contrato. La posterior aceptación del negocio por el titular de dicha esfera de intereses (ratificación) permite convalidar el contrato. Desde este punto de vista, el art. 1.259, párrafo 2.º, dice que el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgó antes de ser revocado por la otra parte contratante.

El segundo de los puntos donde la doctrina tradicional viene admitiendo la posibilidad de convalidación se encuentra en los negocios dispositivos cuando el transmitente carece del necesario poder de disposición. Cuando el disponente adquiere posteriormente el dominio, el contrato queda convalidado. Se habla en estos casos de una convalidación del acto de disposición por la sobrevenida adquisición del dominio. El fundamento de esta convalidación, que sigue a la posterior adquisición de la cosa por parte del que ha dispuesto previamente de ella sin estar suficientemente legitimado, se suele colocar en la idea general de la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*. Por ejemplo, se ha empeñado en garantía de una deuda una cosa ajena y más tarde el pignoratario adquiere el dominio.

La convalidación cabe también en todos aquellos casos en que a través de la renovación del contrato nulo las partes pueden reconstruir la reglamentación de intereses proyectada en el contrato anterior. En el mismo sentido cabe hablar también de convalidación en todos aquellos casos en que, siendo posible todavía el otorgamiento de la forma documental solemne exigida para la validez, sea ésta llenada.

Por último, cabe hablar también de convalidación de los contratos nulos en los casos llamados de «conversión». Pero la conversión del negocio jurídico nulo merece un tratamiento separado.

16. La conversión del contrato nulo

Hay conversión, dice ALBALADEJO, cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente. VALLET DE GOYTISOLO define la conversión como aquel fenómeno jurídico gracias al cual un acto, un negocio o un documento, sustancial o formalmente nulo en su especie o tipo, puede resultar válido, como acto, negocio o forma de especie o tipo diferente.

Recogiendo estas ideas puede decirse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene sin embargo los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato o negocio cuyos requisitos reúne.

El fundamento jurídico de la conversión ha tratado de buscarse en la voluntad de las partes o de manera objetiva a través del principio de conservación del negocio.

Para los sostenedores de la teoría subjetivista, la conversión se funda en la voluntad misma de las partes, que se califica unas veces como voluntad real, expresa o tácita, otras veces como voluntad presunta o hipotética y otras como intención empírica o práctica. La tesis objetivista se formula diciendo que si con los elementos no afectados por la nulidad puede configurarse un contrato que sustancialmente al menos permite conseguir el propósito práctico perseguido por las partes, debe dársele eficacia siempre que sea posible entender que a través de él las partes pueden conseguir los fines que se proponían. Si el resultado a que este contrato conduce es diferente del estrictamente buscado por las partes, habrá de contarse con la voluntad expresa o tácita de los interesados.

Para los sostenedores de la teoría objetiva, el efecto de transformación o de sustitución de un contrato nulo por otro válido se produce aun cuando no exista al respecto una voluntad expresa o tácita de los interesados. Se trataría, según esta tesis, en definitiva, de un trato de favor que el ordenamiento jurídico dispensa al contrato (*favor negotii*) con el fin de hacer posible la conservación de los efectos jurídicos. Desde este punto de vista se ha dicho que el Derecho Moderno acude sólo en último extremo a la declaración de nulidad y salva de ella, siempre que es posible, a los negocios a través de diversos cauces, uno de los cuales es la conversión.

Nuestro Código no contiene al respecto ningún precepto expreso, pero existen en él rastros que permiten apuntar la idea de que el principio de la conservación de los efectos negociales y el de la conservación del negocio jurídico han encontrado su eco en el espíritu del legislador. Con carácter general, señala DE LOS MOZOS que la falta de una expresa regulación en el ordenamiento positivo no debe ser considerada como una causa de exclusión de la figura. La regla de la conversión puede encontrar su fundamento a través del art. 1.258 CC, considerando la conversión como una consecuencia de la buena fe.

17. Los presupuestos o requisitos de la conversión del contrato

Según BETTI, dos requisitos son necesarios para que la conversión pueda aparecer. En primer lugar, es preciso que el contrato nulo pueda ser utilizado por suministrar los requisitos y elementos esenciales de otro contrato diferente; en segundo lugar, es menester que este segundo contrato, aun no habiendo sido querido por las partes, ni siquiera de una manera eventual, quede dentro de la órbita del interés práctico por ellas perseguido.

Dos requisitos, pues, son necesarios, como dice DE LOS MOZOS, para que se opere la conversión: el objetivo, constituido por la existencia en el contrato nulo de los requisitos sustanciales y formales del contrato que le va a sustituir, y el subjetivo, que es el intento práctico de las partes. Según el autor citado, en el elemento objetivo se encuentra todo el mecanismo de la conversión, mientras que el requisito subjetivo constituye por decirlo así un límite negativo o un condicionamiento obligado del principio de aplicación de la buena fe.

18. Conversión simple y conversión compleja

Se habla de una conversión simple en todos aquellos casos en que no concurriendo en un acto o contrato los requisitos propios de la disciplina normativa que le es específicamente aplicable, pero sin faltar los requisitos sustanciales del tipo contractual genérico, el contrato es mantenido o conservado, por la aplicación de las reglas generales relativas al tipo. En cambio, se habla de una conversión compleja en todos aquellos casos en que la conversión exige una transformación del tipo y por consiguiente un cambio de negocio. Por ejemplo, la entrega de una cosa con carácter gratuito inválida como donación pasa a constituir un comodato.

19. Conversión voluntaria y conversión legal

Se ha distinguido también en la doctrina entre una conversión voluntaria y una conversión legal, según que traiga su origen de la voluntad de las partes o pura y simplemente de la ley. Sin embargo, la llamada conversión voluntaria no es en realidad verdadera conversión, pues si el autor o autores del contrato han introducido en él una declaración por medio de la cual ellos mismos manifiestan su voluntad de que, para la hipótesis de nulidad, el contrato reciba un tratamiento distinto, en realidad nos encontramos en presencia de un régimen convencional alternativo.

DELOS MOZOS entiende que la llamada conversión legal no es tampoco una verdadera conversión. Si es la propia ley quien expresamente ordena que a un contrato nulo se le atribuya el efecto de otro contrato del mismo género, a su juicio no hay propia conversión, porque estaríamos en presencia de un supuesto en el cual aparece una norma coactiva, mientras que la conversión en sentido propio es un fenómeno esencialmente dispositivo. Sin embargo, en nuestra opinión, la diferencia no es absolutamente clara. El carácter imperativo de las normas en cuestión no es nunca absoluto. No hay inconveniente en que los propios interesados excluyan su aplicación. Y la supuesta dispositividad de la conversión propia, tampoco tiene un valor absoluto, puesto que es posible una manifestación de voluntad privada contraria a la conversión que sea conculca y se encuentre recogida dentro del propio negocio sometido a conversión.

§ 4. LA ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS

20. El concepto de la anulabilidad y los problemas de su construcción jurídica

El art. 1.300 CC dice que «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el art. 1.261, pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». La expresión que utiliza en este precepto el Código («pueden ser anulados») contrasta con la que con frecuencia utiliza el Código para referirse a la nulidad radical o nulidad de pleno derecho («son nulos»; cfr. art. 6.3, etc.). La anulabilidad se caracteriza inicialmente por ser un medio jurídico puesto por la ley a disposición de determinadas personas para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de la tutela jurídica, de manera que se deja al arbitrio de ellas la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Se sigue de ello

una clara restricción de la acción de anulación y, al mismo tiempo, una cierta limitación temporal en el ejercicio de ese poder jurídico. Hasta aquí existe consenso en la doctrina. Más allá todo son dificultades.

La forma en que la ley articula la protección de los intereses en favor de los cuales se pronuncia, hace que el contrato anulable haya podido ser calificado de antiguo como un contrato claudicante; un contrato que se encuentra en una situación provisional, de la cual puede salir hacia las dos alternativas: ser definitivamente válido o definitivamente inválido. ¿Cómo se puede explicar jurídicamente una situación como ésta? Frente al esquema indiscutiblemente claro de la nulidad radical, el de la anulabilidad se presenta sobremanera confuso. En la literatura jurídica se han formulado al respecto diferentes tesis, que conviene desde ahora tener en cuenta:

a) La más antigua es la que considera el contrato anulable como un contrato válido y eficaz *ex uno latere* e inválido e ineficaz *ex altero latere*. Esta construcción se encuentra en las fuentes romanas para los casos de los contratos celebrados por personas sometidas a tutela sin la autoridad del tutor. Así en las Instituciones (1, 21) se dice que *qui cum pupillis contrahunt, obligantur; invicem pupilli non obligantur*. Y en Digesto (18, 1, 29) se lee *Ex uno latere constat contractus. Nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*. Esta solución, que pareció aceptar GARCÍA GOYENA, puede explicar parcialmente la fase de provisionalidad, pero deja por completo en la penumbra el modo de producción de la situación definitiva y sus consecuencias.

b) La segunda de las tesis que ha sido formulada es la que puede llamarse del carácter constitutivo de la acción de anulación y de la sentencia que en el pleito iniciado por tal acción recaiga. Se puede definir por ello como una ineficacia que pertenece a las categorías que más arriba definimos como estructural y provocada.

Frente a esta tesis se han formulado algunas objeciones. Se ha señalado que el ejercicio judicial de la impugnación no es indispensable y que no hay ningún inconveniente, teórico o práctico, en que la cuestión pueda ser objeto de un arreglo entre las partes. La proposición así formulada es indiscutiblemente cierta. Puede una de las partes alenarse a la pretensión de anulación privadamente formulada por la otra o puede la cuestión litigiosa ser objeto de transacción. Lo que ocurre es que ello no constituye en puridad verdadera objeción frente a la tesis del carácter constitutivo de la acción. Ante todo, ha de observarse que en materias en que las acciones son indiscutiblemente constitutivas (p. ej., la *actio communi dividundo*) nada impide que la cuestión sea extrajudicialmente resuelta. Todo lo más, ello llevaría a subdistinguir dos tipos de acciones constitutivas, unas en que el proceso judicial es necesario para la producción del efecto (p. ej., nulidad de matrimonio o de cualquier otro estado civil) y otras en que, aun siendo constitutiva la acción judicial, el tema puede ser extrajudicialmente resuelto