

"PARRAS, GONTE, GERRA
Y COMPAÑIA, LIMITADA"

LUIS DIEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Civil

Dº Civ
D 568 fd
1993

**FUNDAMENTOS
DEL
DERECHO CIVIL
PATRIMONIAL**

v. 1

VOLUMEN PRIMERO

**INTRODUCCION
TEORIA DEL CONTRATO**

CUARTA EDICION



EDITORIAL CIVITAS

MADRID, 1993

616

§ 7. LA PROMESA DEL HECHO DE UN TERCERO

37. Su caracterización jurídica

Puede definirse como aquella estipulación en la cual una de las partes contratantes se obliga frente a la otra a que un tercero entregue alguna cosa o preste algún servicio. En el Derecho Romano dicha estipulación se consideró nula en virtud de la idea de que la obligación constituye una restricción de la libertad, por lo cual el obligado sólo puede someter su propia conducta. Sin embargo, en el Derecho Común, por la gran influencia que sobre esta materia ejerció el Derecho Canónico, se admitió la validez de la promesa del hecho ajeno, sobre todo a través del refuerzo del juramento, mediante el cual podía hacerse eficaz una promesa que no fuera ilícita o inmoral. A partir de este momento no se discute ya la validez de la figura, sino la determinación del contenido de la misma y en particular de la obligación del promitente.

Como señala GULLÓN, esta obligación del promitente puede configurarse como una obligación de hacer, entendiéndose que el promitente se obliga a desarrollar aquella actividad necesaria para que el tercero cumpla la prestación prometida, de tal manera que el promitente queda liberado siempre que pruebe haber desplegado tal actividad y que la falta de éxito obedece a causas ajenas a su voluntad. Contra esta tesis se ha alegado sobre todo la imprecisión en que queda la prestación y el desconocimiento del derecho del acreedor, cuyo interés no queda satisfecho con la pura actividad del promitente, sino con el resultado de la misma. Por esto se ha entendido por algunos autores que la obligación del promitente es una obligación de resultado —procurar el hecho del tercero y subsidiariamente indemnizar los daños y perjuicios que se produzcan en el caso de que el tercero no cumpla—. Con mejores argumentos, GULLÓN entiende que la prestación del promitente es una prestación de garantía. El promitente asume frente al promisorio el riesgo de que el tercero no cumpla. Lo que hace en definitiva es asegurar al acreedor que su interés será satisfecho.

38. Los efectos de la promesa

Pueden contemplarse desde dos puntos de vista o desde dos fases distintas: antes y después de que el tercero acepte cumplir lo prometido. Antes de que el tercero acepte, el promitente soporta el riesgo de que aquél rehúse y solamente queda liberado en los casos de incapacidad o muerte del tercero. Cuando el tercero acepta cumplir, el promitente queda liberado de su obligación.

CAPITULO XVII

LA INEFICACIA DEL CONTRATO

§ 1. LA DOCTRINA DE LA INEFICACIA DEL CONTRATO

1. La ineficacia del contrato: concepto de la ineficacia

La idea de «ineficacia» del contrato representa la contrapartida de la idea de eficacia. Así como al hablar de la «eficacia» aludimos a la producción de unas determinadas consecuencias, a la creación de un deber de observancia del contrato y de una vinculación a lo establecido, así como a la proyección del contrato respecto de o sobre una situación jurídica anterior, cuando ahora hablamos de la «ineficacia» aludimos a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos, de aquellas consecuencias que normal-

BIBLIOGRAFIA: ALBALADEJO, *Invalidez de la declaración de voluntad*, «ADC», 1957, pág. 985; BONET CORREA, *Los actos contrarios a las normas y sus sanciones*, «ADC», 1976, pág. 309; BORRER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español*, Barcelona, 1947; CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; DE LOS MOZOS, *La inexistencia del negocio jurídico*, «RGLJ», 1960, pág. 463; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVII-2, 1981; *Comentario a los arts. 1.300 a 1.314. Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 541; Díez-Picazo, *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, «ADC», 1961, pág. 809; ESPÍN CÁNOVAS, *La nulidad en el Derecho Civil*, «Estudios Royo-Villanova», 1977; GÓMEZ MARTÍNEZ FAERNA, *La nulidad parcial de los negocios*, «Estudios de Derecho Privado» (dirigidos por MARTÍNEZ RABO), I, Madrid, 1962; GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, «ADC», 1975, pág. 101; *Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual*, «RDP», 1987, pág. 214; *Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)*, «Centenario del Código Civil», I, Madrid, 1990, pág. 935; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento. Interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988; LÓPEZ FRIAS, *Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español*, «ADC», 1990, pág. 852; LLOVERAS DE RESK, *Tratado teórico-práctico de las nulidades*, 1985; MARTÍN RETORTILLO, *Algo sobre las acciones de inexistencia en el Derecho Civil*, Colegio Notarial de Barcelona, «EJ», 1959; MORENO LUQUE, *Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión*, «AC», 1986, pág. 2621; MORENO MOCHOLI, *Las irregularidades en el negocio jurídico*, «RDP», 1946, pág. 21; MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVII-2, Madrid, 1981; *Comentario a los arts. 1.290 a 1.299. Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pág. 520; OERTMANN, *Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos*, «RDP», 1929, pág. 65; OLIS ROBLEDÁ, *La nulidad del acto jurídico: Su teoría en los Códigos francés, italiano, español y especialmente en el Código de Derecho canónico*, Madrid, 1947; *La nulidad del negocio jurídico*, Madrid, 1964; PUIG BRUTAU, *Actos nulos*, «NEJ», t. II, 1950, pág. 330; PUIG PEÑA, *Ineficacia de los negocios jurídicos*, «NEJ», t. XII, 1965, pág. 452; SAPIENA, *Ineficacia del negocio jurídico en el apéndice al CC vigente en Aragón*, «ADC», 1956, pág. 119; SOTO NIETO, *Nulidad de los contratos. Cuestiones jurídicas*, III, 1976, pág. 19; TABOADA ROCA, *Algunas consideraciones sobre la ineficacia de los actos jurídicos*, «Estudios Valtet de Goytisolo», VI, Madrid, 1988, pág. 653; TRAVIESAS, *Sobre nulidad jurídica*, «RGLJ», t. 124, 1914, pág. 491 y t. 125, 1914, pág. 60.

mente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato.

Definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es en muchas ocasiones equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulación, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados, por lo cual, con el fin de poner un poco de orden en la cuestión, convendría depurar y limpiar la terminología.

Una construcción completa del tema exige además una amplia investigación acerca de la formación histórica de los dogmas y de las ideas que en esta materia dominan la ciencia del derecho, tarea que por razones obvias no puede ser llevada a cabo en este lugar. Conviene, sin embargo, poner de relieve que la falta de pureza conceptual procede seguramente del esfuerzo que impuso a los intérpretes la exégesis de los textos romanos, donde seguramente se buscó más el sentido práctico de los resultados que la brillantez teórica de las construcciones conceptuales.

En el Derecho Romano hay que distinguir en esta materia dos cuestiones distintas. Una es la relativa a los resultados empíricos a los que en ocasiones conduce la anomalía o el carácter irregular de los contratos y otra el bagaje conceptual con que tales fenómenos son analizados. Desde el primero de los puntos de vista es claro que según el Derecho Romano en determinados casos la calificación como *nullus*, etc., comporta la consecuencia de que no se podía ejercer un juicio, una acción, con base en el contrato, es decir, que no existía la posibilidad de poner en movimiento una *actio*. En otros casos, en cambio, de lo que se trata es de conceder al demandado, que lo es precisamente porque la acción ha nacido y existe, un medio de defensa para realizar la petición del demandante. La privación de los efectos del negocio se produce por la vía de una *exceptio* o de una *denegatio actionis*. Finalmente, existen también casos en los cuales lo que se hace es conceder al interesado la posibilidad de reintegrar las cosas a la situación jurídica preexistente que había quedado modificada en su perjuicio. Por ejemplo, si la propiedad de una cosa había sido transmitida por virtud de amenaza o como consecuencia de un engaño doloso o por una persona carente de plena capacidad, el interesado puede reclamar la restitución o la reintegración de tal cosa (*restitutio in integrum*).

La terminología no fue, sin embargo, uniforme. Los textos hablan de actos o de negocios que son inútiles, viciosos, imperfectos, etc. En ocasiones se dice también *nullus esse*, pero la palabra *nullus* no comporta un calificativo especial, sino que originariamente ha significado sólo que no existe *ningún* negocio.

Todo ello conduce a un heterogéneo mundo conceptual, en el cual es preciso tratar de poner una cierta claridad. Por lo pronto, algo parece claro: la idea de ineficacia no detecta un fenómeno real, sino que alude a una determinada valoración jurídica que debe ser asignada a determinados actos humanos. Esto quiere decir que cuando denominamos a un contrato nulo, inválido o ineficaz, no estamos diciendo que en el mundo de la realidad no se produzcan a virtud de él consecuencias jurídicas, sino que debe recibir un determinado tratamiento y que las consecuencias jurídicas que pretenden ser fundadas en él no merecen amparo o incluso que han de borrarse y desaparecer. La idea de la ineficacia no pertenece al mundo del ser, sino al mundo del deber ser. Constituye por ello una fórmula abreviada para designar un determinado tratamiento jurídico. Sin embargo, también aquí la gama de posibilidades es muy grande y conviene introducir dentro de ella algunas matizaciones.

En un sentido vulgar, la idea de «ineficacia» es una idea puramente negativa que denota la falta total de efectos. Decimos de algo que ha sido ineficaz cuando ha sido

inútil, inservible o no nos ha proporcionado los resultados que de ello esperábamos obtener. En el campo del Derecho acontece algo, que, si se mira bien, es enormemente curioso: la «ineficacia» produce a veces unas consecuencias o unos efectos. Bajo el calificativo de «ineficaz» designamos toda una serie de supuestos que en cierta medida son heterogéneos. Así, si se dice de un contrato que es nulo, se puede aludir a un contrato del que no deriva en la realidad efecto ninguno, porque es considerado por todos como irrelevante en el terreno jurídico o bien a un contrato que produce unos efectos en la realidad, pero que proporciona a los interesados la posibilidad o incluso impone en su caso a los funcionarios, por su propia iniciativa, la obligación o el deber de hacer volver las cosas al ser y estado que tenían antes de ser celebrado dicho contrato, porque éste merece la reprobación y la condena. En otros casos, llamamos ineficaz a lo que es sólo limitadamente eficaz o poco eficaz, porque se dan algunos de los efectos esperados y se produce parcialmente el resultado previsto, aunque no todas las consecuencias que eran contempladas ni todos los resultados que se buscaban. Otras veces, con el calificativo de ineficaz designamos a algo que es «anormalmente eficaz», porque no se producen los efectos que se esperaban, sino unos resultados imprevistos. La única nota rigurosamente común a todos los supuestos que hemos tratado de englobar, es la existencia de una cierta discrepancia o de una desarmonía entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada, es decir, entre el cuadro general de los efectos del contrato y la realidad de esta eficacia. Acaso fuera más exacto hablar de «eficacia anormal». La palabra «ineficacia» tiene, no obstante, una gran fuerza expresiva y parece de fácil manejo, por lo cual, con las aclaraciones ya hechas, merece ser conservada.

Frente a la posición aquí mantenida, se puede objetar que «ineficacia» no es el término más feliz o la palabra más adecuada para adjetivar el fenómeno que ahora estudiamos, puesto que por hipótesis (y ya desde ahora) estamos admitiendo la posible existencia de unas consecuencias o de unos efectos, anormales, extraordinarios si se quiere, pero efectos al fin, del contrato que se califica como ineficaz, por lo que hablar de ineficacia no deja de representar alguna dosis de contradicción. Si a ello se añade que con esta palabra se alude a una categoría del mundo del deber ser, que comporta un determinado enjuiciamiento de los hechos, es posible pensar que es más exacto o más riguroso hablar de «invalidez». Los autores que prefieren la utilización de este vocablo lo hacen porque consideran que es el que se aproxima más a la negación de la fuerza vinculante de un contrato, que es en el fondo lo que aquí se encuentra en cuestión. Sin embargo, la palabra invalidez es igualmente equívoca, pues con ella la mayor parte de las veces no se hace referencia al fenómeno considerado en general, sino a alguna de sus especies.

Se ha dicho también que la categoría de la invalidez es necesaria por la utilización que de este concepto hace nuestro Código Civil, en especial en el art. 1.953, que exige tal condición para el justo título de la usucapión. A ello cabría añadir la utilización del término validez en los arts. 1.256, 1.266, 1.290 y 1.301, *in fine*, entre otros. Mas tampoco este argumento resulta decisivo. La construcción dogmática de la categoría no se encontraba realizada en el momento de la codificación. Nuestro Código Civil, que en casi ninguno de sus textos luce por su precisión técnica, es impreciso en grado sumo al regular el fenómeno que ahora analizamos. Añádase a ello que las categorías de eficacia e ineficacia se encuentran recogidas también en el propio Código, como ocurre en el art. 1.273, en que con referencia a los contratos faltos de causa o con causa ilícita o torpe dice que «no produce efecto alguno». De esta suerte, la única conclusión a que, en un análisis del Código, se puede llegar, es que éste prefirió la elegancia del estilo literario a la precisión terminológica. Como resumen de toda esta reflexión puede decirse que la acuñación de una terminología tiene siempre mucho de arbitrario, por lo que a la alternativa invalidez-ineficacia no es posible darle una respuesta categórica.

En cambio, no parece legítimo decir, como apunta J. DELGADO, que en estas construcciones teóricas hay mucho de importación de fórmulas procedentes de otros ordenamientos jurídicos que no coinciden siempre con el nuestro, pues cualquiera que sea la óptica que se adopte, ésta no debe tener otro objeto que la comprensión de nuestro ordenamiento jurídico. El autor citado señala además que, al negar autonomía al concepto de invalidez, disolviéndolo en el más amplio de ineficacia, se busca «salir de los rígidos moldes de la nulidad y la anulabilidad» y «aplicar una disciplina más flexible y adaptada». Creemos —e insistiremos en ello más adelante— que una cosa es la articulación de unos modelos teóricos y otra cosa distinta es la interpretación de un régimen normativo al que sólo habrá que aplicar criterios de flexibilidad y de adaptación cuando su interpretación así lo requiera.

2. La naturaleza jurídica de la ineficacia contractual

Para un importante sector doctrinal, la ineficacia constituye una determinada imperfección o una irregularidad del supuesto de hecho contractual. Sin perjuicio de examinar en el epígrafe siguiente la relación entre la irregularidad del contrato y la ineficacia contractual, debemos decir que la imperfección o la irregularidad pueden explicar el porqué de la ineficacia, pero no la sustancia de ésta.

Para nosotros, la idea de ineficacia alude a una determinada formulación de un deber ser jurídico y significa una determinada manera justa de comportarse frente al contrato los mismos interesados, los terceros y los jueces y funcionarios encargados de la aplicación del Derecho en la comunidad. Significa que a un supuesto se le debe enjuiciar de una cierta manera y que debe recibir una determinada consideración, que es, a no dudarlo, de condena y de reprobación. Por ello, se confieren a los interesados unos derechos o facultades y se imponen al mismo tiempo unos deberes y unas obligaciones conducentes por lo general a obtener la restitución de las cosas a la situación y al estado de hecho que tenían antes de la celebración de tal contrato. En este sentido, parece adecuado decir, como dice J. DELGADO, que hay un juicio de valor del ordenamiento respecto de la adecuación del supuesto de hecho contractual a las previsiones del ordenamiento y sobre las conductas exigidas o efectivamente producidas en la celebración y en la ejecución del contrato.

Más difícil resulta señalar, como hace el citado autor, que en la invalidez o ineficacia haya una «disciplina normativa». Desde nuestro punto de vista, hay más bien una categoría conceptual, perteneciente a una teoría general, cuya legitimidad y función consisten en explicar o permitir la comprensión de disciplinas normativas que pueden ser y que la mayor parte de las veces serán distintas.

La ineficacia del contrato es, además, una sanción. Si por sanción entendemos la consecuencia que el ordenamiento imputa o anuda a la infracción de sus preceptos, el carácter sancionador de la ineficacia es claro. Existe

una desarmonía o un desajuste entre el contrato tal y como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico (tipo contractual hipotético) y el contrato tal y como fue llevado a cabo en la realidad. La discrepancia entre uno y otro plano entraña una infracción, puesto que sin duda las normas ordenan el más perfecto ajuste entre una y otra categoría.

3. La relación existente entre la irregularidad del contrato y la ineficacia contractual

Si la ineficacia es una consecuencia sancionadora que el ordenamiento jurídico manda aplicar por la infracción que supone la irregularidad del contrato, hay que preguntarse cuál es la relación que guardan la irregularidad y la ineficacia. Ante todo, conviene salir al paso de la idea de que existe una absoluta correlación entre ambos términos. Una observación atenta del ordenamiento permite afirmar que existen irregularidades negocials que son consideradas como irrelevantes. Así por ejemplo el llamado *metus reverentialis* o temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, es claro que determina una voluntad y un consentimiento que no resultan prestados en condiciones absolutas de espontaneidad y de libertad, de manera que puede hablarse de un consentimiento viciado, que sin embargo no anula el contrato, según el último párrafo del art. 1.267. Del mismo modo las declaraciones contractuales emitidas bajo reserva mental o realizadas con falta de seriedad o con *animus iocandi*, pero en condiciones tales que no permitan al destinatario descubrir estas circunstancias, son consideradas como eficaces y la reserva mental y la falta de seriedad como irrelevantes. Lo mismo ocurre en los casos de existencia de un error que no revista carácter sustancial. Por ejemplo, un error en los motivos o sobre cualidades no esenciales, un error sobre la identidad de la persona con quien el contrato se celebre cuando la consideración de ésta no tuviera carácter básico para el celebrante, etc.

Al lado de las irregularidades contractuales que pueden ser consideradas como irrelevantes desde el punto de vista jurídico existen otras que adquieren relevancia, pero cuya relevancia consiste en la aplicación a la infracción cometida de una sanción diferente de la sanción de ineficacia. Así, cuando el dolo que ha viciado el consentimiento ha sido un dolo puramente incidental o un dolo ocasionado por un tercero, el contrato no resulta anulado, sino que se obliga al que actuó con dolo a indemnizar los daños y perjuicios que se le ocasionan a quien lo haya sufrido. Existen también irregularidades negocials que son sancionadas con una privación de determinados derechos.

Con este planteamiento, el problema de la relación entre irregularidad contractual e ineficacia del contrato puede describirse así: para que la sanción de ineficacia aparezca es menester que el Derecho Positivo la decrete expresamente en atención a un tipo concreto de irregularidad, que resulta especialmente condenado, o bien es al contrario, de tal manera que toda irregularidad contractual que no haya sido especial y expresamente eximida comporta la ineficacia del negocio? Es éste, seguramente, uno de los puntos más delicados y más difícilmente solubles de toda la teoría de la ineficacia. Es además grave, porque de la solución que le demos, va a depender nada menos que la posible fuerza expansiva de la ineficacia como sanción del contrato irregular.

Las respuestas que pueden darse al interrogante antes mencionado son ambivalentes. Una larga tradición, imperante sobre todo en el Derecho francés, ha propendido a exigir la existencia de un texto expreso para que la nulidad de un contrato pueda ser decretada (*pas de nullité sans texte*). A la misma conclusión parece, por lo menos *prima facie*, que puede llegarse a través del principio de legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*) que

cabe entender aplicable a todo tipo de sanciones. En nuestro Derecho Positivo, sin embargo, el art. 6 CC al tratar de preservar la eficacia de las leyes y como una consecuencia del deber general de observancia de las mismas, parece establecer un principio general de nulidad de los contratos y negocios irregulares, en cuanto éstos suponen actos ejecutados sin dar cumplimiento a lo dispuesto por la ley. Sin embargo, no debe olvidarse que el art. 6 hace referencia a un tipo muy peculiar de ineficacia, la llamada nulidad de pleno derecho, y que además no sanciona todo desajuste entre el acto y la norma, sino especialmente los actos ejecutados en contra de lo dispuesto en la ley. Por ello, como ha sido señalado, para que la ineficacia específica del art. 6 CC se produzca, es necesario que la norma jurídica infringida vaya dirigida contra la eficacia del acto, lo repudie y lo estigmatice como jurídicamente ilícito.

A nuestro juicio, la ineficacia como sanción de un contrato irregular se produce cuando una norma la impone expresamente y también cuando reclaman tal sanción el significado y la finalidad de las normas que han sido infringidas al celebrarse el contrato. De lo dicho anteriormente se deduce que para que la ineficacia aparezca como sanción específica no es necesario o imprescindible que la norma la decrete expresamente. El problema me parece que es ante todo un problema de interpretación que sólo puede ser resuelto esclareciendo el significado y la finalidad de la norma que ha quedado infringida y en definitiva el sentido y el significado de la *ratio iuris* que inspira tal norma. De esta suerte cabe que exista: a) Una ineficacia expresamente decretada por la ley; b) una ineficacia deducida por vía de interpretación de la ley; y c) una ineficacia que, en defecto de ley, es reclamada o impuesta por el juego de los principios generales del derecho.

Finalmente, conviene señalar y tener en cuenta que no existe auténtica correlación entre el tipo de irregularidad y el tipo de ineficacia. No podemos, por ejemplo, decir que a la falta total de alguno de los requisitos o presupuestos del contrato corresponde un determinado tipo de eficacia y a la existencia de un requisito viciado corresponda otro tipo de ineficacia diferente. En realidad, el ordenamiento jurídico no procede empujando por categorías de orden lógico o dogmático. Irregularidades similares pueden determinar tipos de ineficacia profundamente diversos. Así, por ejemplo, la existencia de un elemento viciado en el contrato puede dar lugar a una nulidad radical (causa ilícita) o puede dar lugar a una mera impugnabilidad (v. gr.: vicio de la voluntad). La conclusión que de ello se debe extraer es que cada uno de los tipos de ineficacia constituye *per se* un régimen jurídico autónomo o, si se prefiere, una específica disciplina normativa, cuyo análisis debe realizarse examinando su interno funcionamiento.

§ 2. LAS MODALIDADES DE LA INEFICACIA CONTRACTUAL

4. La inexistencia del contrato

El estudio de la ineficacia suele comenzarse en la doctrina aludiendo a la figura de la «inexistencia». La razón de este orden de exposición, se ha dicho, se comprende intuitivamente, pues la inexistencia es la forma más radical de la ineficacia y lógicamente la primera. Lo más grave que le puede ocurrir a un contrato es no existir siquiera. Sin embargo, la noción de «inexistencia» presenta algunas dificultades en orden a su definición y delimitación.

Ante todo, ha sido agudamente observado que el concepto de inexistencia del contrato constituye una construcción conceptual de la doctrina

francesa, que se sirvió de ella con el fin práctico de eludir las rigurosas consecuencias a que en el Derecho de aquel país conducía el principio tradicional consagrado por la jurisprudencia que imponía el carácter taxativo de las causas de nulidad (*pas de nullité sans texte*). Efectivamente, partiendo de la idea de que la nulidad sólo puede ser acordada con base en un texto legal, los intérpretes se encontraron frente a supuestos en los cuales el texto legal faltaba, pero en los cuales una absoluta ineficacia venía exigida por la naturaleza misma de las cosas. Por ejemplo, ningún precepto legal declara que sea nulo un matrimonio entre personas del mismo sexo. La ineficacia de una hipótesis semejante viene de su misma inexistencia, piensan los autores. No es que sea nulo. Es que ni siquiera existe.

El concepto, así diseñado, desde nuestro punto de partida carece seguramente de utilidad y de necesidad. Carece de utilidad porque la inexistencia no produce unas consecuencias jurídicas mayores que aquellas a las que conduce la nulidad radical y absoluta. Y carece de necesidad, porque, como ya antes hemos señalado, no es preciso que la nulidad esté taxativamente impuesta por la ley, sino que basta con que venga exigida por el significado y por la finalidad que deba atribuirse a la propia ley o por obra de los principios generales del derecho.

La doctrina de la inexistencia experimentó, sin embargo, por obra de la doctrina francesa una importante ampliación. Siempre que faltan de manera total y absoluta los elementos lógicamente necesarios para la realización del acto jurídico (por ejemplo, falta total y absoluta del consentimiento, de objeto o de causa), el acto en cuanto tal es inexistente. Esta concepción se encuentra seguramente presente en el art. 1.261 CC, según el cual «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes...». Es decir, cuando faltan algunos de los requisitos señalados (consentimiento, objeto, causa), no es que el contrato sea nulo, es que «no hay contrato». Sin embargo, con semejante punto de partida la diferenciación entre la inexistencia y la nulidad resulta extraordinariamente difícil. Tal vez por ello los autores hayan tratado de buscar otros caminos. Así, se ha dicho que el contrato nulo es un contrato que existe para el Derecho y que puede de alguna manera producir algún tipo de efectos jurídicos (por ejemplo: efectos indirectos). Excepcionalmente, el contrato puede quedar sanado o convalidado o bien convertirse en un contrato válido, mientras que el contrato inexistente sería absolutamente insalvable.

La raíz de la distinción ha tratado de buscarse en la realidad o falta de realidad de la hipótesis negocial. Así, RUBINO decía que un supuesto de hecho negocial es inexistente cuando falta de una manera absoluta una manifestación de voluntad sensiblemente perceptible, porque falta el elemento relevante y necesario para una posible especificación de los efectos. En cambio, es nulo cuando existe la manifestación de voluntad como fenómeno sensiblemente perceptible, pero no existe como contrato entendido como intento dirigido a un resultado empírico y no puede producir

sus efectos por falta de uno de sus elementos sustanciales. En un sentido parecido, consideró DE LOS MOZOS la inexistencia como una consecuencia del examen de los requisitos positivos del negocio, ateniéndose únicamente a los que sirven de base para la formación del acto de autonomía privada y prescindiendo de su control por el ordenamiento. Se ha dicho también que hay inexistencia cuando falta un requisito que impide la identificación del negocio como tal negocio, que lo haga inconcebible como tal o que impida que a los hechos producidos se les dé la calificación de negocio.

Las construcciones lógico-formales no permiten resolver el problema. Desde un punto de vista lógico, sólo puede hablarse de inexistencia de forma rigurosa cuando nada haya sido llevado a cabo en la realidad, mas si nada ha sido realizado toda discusión parece que huelga. Por eso, el problema ha tratado de ser resuelto desde un punto de vista jurídico-valorativo. La «inexistencia» no se formula como una afirmación en el plano del ser sobre una realidad, sino como una proposición del mundo del deber ser. Lo que quiere decirse es que el fenómeno aparecido en la realidad no es un contrato; que no puede merecer la consideración de contrato ni ser calificado como tal. Sin embargo, tampoco con ello se llega a unos resultados claros que permitan deslindar el pretendido concepto de inexistencia frente al concepto de nulidad, porque nulo (de *ne-nullus*) es un calificativo que denota la misma idea. *Nullum esse negotium* significa en puridad que no hay ningún negocio o que lo que hay no puede valorarse como negocio.

El mantenimiento de la categoría de la inexistencia se ha propugnado más que por razones de carácter teórico, por motivaciones de orden práctico. La razón de la figura, decía CASTRO (*Negocio jurídico*, pág. 465) radica, a pesar de lo insistente y fundado de las críticas, en su utilidad, en los servicios que en el pasado ha prestado y los que se adivina que puede prestar en el futuro. Cuando ante una conducta anómala, añadía ese autor, una corruptela, una parcial debilidad de la conciencia social, surge la cuestión sobre la eficacia de un pretendido negocio, carente de un requisito no mencionado expresamente por la ley, aunque implícito y no nombrado por su misma evidencia, se acude instintivamente, por su fuerza expresiva, a la calificación de inexistencia, para romper con ella los prejuicios propios de concesiones estrechas del legalismo y del formalismo. Hay, se ha dicho también, la necesidad de colmar claros o lagunas del ordenamiento legal. En la práctica y en la jurisprudencia española se recurrió a la figura de la inexistencia para acabar con la grave y perturbadora confusión originada en torno al art. 1.301 CC y a la posible aplicación del plazo de caducidad establecido en él en los casos de simulación absoluta y de falta de consentimiento por autocontratación. Desde este punto de vista, la categoría tal vez pueda ser mantenida, aunque señalando que en rigor se reconduce a una nulidad radical y absoluta, pues frente a ella, la idea de inexistencia es, como dice J. DELGADO, más bien un instrumento de carácter didáctico, que puede ser útil en algún caso para forzar los límites verdaderos o supuestos de una regulación dada sobre la nulidad. La posibilidad de extraer conse-

cuencias excepcionales del contrato nulo y la imposibilidad de que lo mismo suceda en el contrato inexistente, no parece una razón decisiva, pues el problema puede resolverse a través de una interpretación reductora de la norma que permita tales excepcionales consecuencias.

El tema jugó sobre todo un importante papel en relación con la cuestión del llamado matrimonio putativo (cfr. art. 79 CC). Se ha señalado que si bien el matrimonio contraído de buena fe produce para el contrayente de buena fe y para los hijos efectos civiles aunque sea declarado nulo, no puede producir efectos civiles de ningún tipo un matrimonio que fuera absolutamente inexistente (p. ej., matrimonio entre personas del mismo sexo o la ceremonia matrimonial ficticiamente escenificada). Frente a ello es posible replicar que los efectos civiles reconocidos por el art. 79 derivan de la buena fe y que existirán siempre que —y sólo cuando— se haya producido un fenómeno capaz de suscitar una apariencia y una confianza en ella, porque entonces la buena fe, que debe ser entendida como error invencible no obstante el empleo de la diligencia razonable, encuentra su necesario soporte.

5. La distinción entre la invalidez y la llamada ineficacia en sentido estricto

En la doctrina moderna ha encontrado una extensa acogida la postura que distingue por una parte la invalidez del contrato y por otra parte la ineficacia en sentido estricto. Inválido es, se dice, un contrato o un negocio jurídico en el cual alguno de los elementos esenciales falta o se encuentra viciado o un contrato que carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece. La invalidez viene de este modo determinada por el carácter defectuoso del supuesto de hecho contractual. Por el contrario, se llama «ineficaz en sentido estricto» a un contrato en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico, pero en el cual impide la eficacia una circunstancia extrínseca a él y normalmente sobrevenida. Por decirlo con una imagen gráfica, el contrato inválido sería un contrato que nace muerto o que nace con un vicio teratológico o con una tara congénita que impide su viabilidad, mientras que el contrato ineficaz en sentido estricto es un contrato que nace sano, pero que pierde su vitalidad merced a un accidente exterior.

La distinción entre invalidez e ineficacia no me parece útil. Por un lado, la terminología es indudablemente arbitraria, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Por esto habría que hablar, en todo caso, de una ineficacia proveniente de la invalidez y de una ineficacia proveniente de otro tipo de causas o razones. Pero es que, además, las aplicaciones concretas que se hacen de la noción de ineficacia en sentido estricto (producción o frustración de una condición, resolución por incumplimiento, revocación, etc.) no son en rigor casos de ineficacia. Si se produce o se frustra una condición establecida por las partes, puede decirse que a

partir de ese momento el contrato deja de desplegar efectos, pero puede decirse también que ello ocurre precisamente como un efecto del propio contrato, en la medida en que tal hipótesis se encontraba contemplada en él.

Del mismo modo, la resolución y la revocación son precisamente una consecuencia del despliegue de la eficacia contractual y un medio de defensa, nacido del contrato, para protección de los intereses de uno de los contratantes frente a circunstancias sobrevenidas (v. gr. el incumplimiento, desaparición de la base del negocio, etc.). Por ello, no puede decirse que en tales casos haya verdadera ineficacia, sino cumplida eficacia del contrato, aun cuando ésta no sea la inicialmente prevista o buscada. Las circunstancias extrínsecas apuntadas no transforman en ineficaz sobrevenidamente un contrato que fuera originariamente eficaz, sino que determinan una extinción de la relación jurídica creada por el contrato. Si esta extinción tiene o no efectos retroactivos, no es cuestión que tenga que ser examinada ahora, pues ello no cambia el problema, ni su solución.

6. Los modelos teóricos de la ineficacia contractual

Si la ineficacia ha de ser considerada como una categoría conceptual construida para esclarecer un determinado tratamiento o disciplina normativa, que el ordenamiento jurídico aplica a un concreto contrato por sus vicios, defectos o irregularidades, el análisis habrá de proceder, ante todo, mediante el examen de las peculiaridades que presenta cada uno de los regímenes jurídicos. El legislador no se encuentra vinculado por ninguna de las posibles categorías dogmáticas y puede dotar a la disciplina normativa que establezca del contenido que estime más conveniente; y es un grave error pensar lo contrario.

No es, sin embargo, impertinente construir algunos modelos teóricos, inducidos de algunas de las concretas disciplinas normativas, pues tal construcción de modelos puede ser de alguna utilidad para explicar después las referidas concretas disciplinas normativas, para interpretarlas y para colmar sus posibles lagunas.

De acuerdo con este criterio, es posible establecer en sede teórica las siguientes formas de ineficacia: a) automática y provocada; b) absoluta y relativa; c) originaria y sobrevenida; d) total y parcial; e) estructural y funcional; f) sanable o insanable. Naturalmente, es posible realizar con los elementos susodichos combinaciones muy diversas, aun cuando en la práctica y en la realidad las de real funcionamiento no sean demasiadas.

7. La ineficacia automática y la provocada

Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada. Llamamos automática a la ineficacia cuando ésta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico y sin necesidad de ningún otro requisito adicional. La tradición jurídica denomina a esta forma de producción del efecto jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir «de pleno derecho», como en la actualidad hace el art. 6.3 CC tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De «pleno derecho» quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineficacia, cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada.

Cuando la ineficacia es automática, el contrato es en todo momento inatendible y ninguna persona, ni ningún funcionario de la organización jurídica, pueden prestar su amparo al contrato o a las pretensiones que en el contrato tengan su fundamento. Cualquier persona que tenga interés puede instar la declaración de que el contrato es ineficaz.

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que los jueces pueden de oficio declarar la ineficacia del contrato, aunque ninguno de los litigantes la haya alegado o discutido. El interés público que existe en la imposición de la sanción o, dicho en otras palabras, el necesario control social de la reglamentación de autonomía privada, así lo impone. Esta tesis choca hoy con el derecho fundamental establecido en el art. 24 de la Constitución, que, tal como lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, significa que la sentencia debe recoger y decidir las pretensiones y excepciones de las partes. La actuación de oficio puede suponer un grave recorte o limitación de los medios de defensa. Es concebible que el juez proponga de oficio la cuestión de la validez y decida oír a las partes sobre ella, aunque esta solución no encuentre hoy una vía procesal clara.

Cuando la ineficacia es provocada, el contrato nace eficaz, pero esa eficacia es claudicante, por cuanto el contrato se encuentra pendiente del eventual y posible ejercicio del poder de actuar la ineficacia. En la ineficacia provocada hay sobre todo un medio puesto a disposición de ciertas personas para proteger sus intereses. No existe un interés público o social en la sanción, pero hay una valoración de los intereses en juego y la protección privilegiada de uno de ellos. Quiere decirse que una o varias personas son titulares de un poder de impugnación del contrato, de manera que la

ineficacia solamente adviene si los titulares del poder de impugnación la provocan. Una demanda de cualquier otra persona no puede ser atendida.

El poder de impugnación, en la ineficacia provocada, ha de ser considerado como un derecho potestativo o como una facultad de configuración (*Gestaltungswahl*), puesto que se trata de un poder del individuo de modificar o conformar la realidad jurídica, frente a la posibilidad de actuación que otorga lo que hemos llamado ineficacia automática, que origina una acción declarativa. De aquí deriva una importante diferencia. La acción dirigida a obtener la declaración de una ineficacia radical o *ipso iure* no está sometida a ningún plazo de ejercicio, puesto que las acciones declarativas son imprescriptibles. En cambio, la puesta en marcha del poder de impugnación, en cuanto derecho potestativo, está normalmente sometida a un plazo que debe ser considerado, en línea de principio, como plazo de caducidad.

El ejercicio del poder de impugnación origina una pretensión, tomando esta palabra en su sentido sustantivo y no necesariamente procesal. Por ello, a la ineficacia provocada se la puede llamar «impugnación» o también «impugnabilidad». No existe dificultad para que frente a la pretensión de impugnación se produzca un allanamiento del sujeto pasivo, ni para que la cuestión quede resuelta por un acuerdo de las partes, sea éste o no transaccional. Resulta, en cambio, discutible, al menos en sede teórica, que de tal acuerdo derive la anulación o la ineficacia. Más bien parece que, en supuestos como los descritos, se producirá una extinción sobrevenida de la relación contractual por transacción o mutuo disenso.

Si a la pretensión de impugnación se enfrenta la oposición del impugnado, la decisión judicial se hace necesaria. De aquí se desprende otra importante diferencia entre ambos tipos de ineficacia. La pretensión dirigida a obtener un pronunciamiento de los tribunales sobre una ineficacia automática o radical origina una acción y una sentencia que son meramente declarativas, pues se dirigen a declarar o a constatar un estado de cosas previamente existentes: el estado de ineficacia. En cambio, en la ineficacia provocada, la acción y la sentencia son constitutivas. La sentencia crea el estado jurídico de la ineficacia del contrato, que ha sido hasta ese momento eficaz, aunque sea con una eficacia que se puede llamar claudicante. El hecho de que una vez pronunciada por los tribunales la decisión de ineficacia, las consecuencias de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, no modifica para nada lo ya dicho. Sin embargo, como el negocio ha sido claudicantemente eficaz, no puede sin más excluirse la vigencia de algunos de los efectos ya producidos, sobre todo en relación con terceros de buena fe.

La organización normativa concreta de la disciplina de la ineficacia se encuentra a disposición del legislador, que puede articularla de la forma que estime conveniente o que sea preferible desde el punto de vista de los intereses que el legislador trate de proteger. Por esto, desde el punto de vista práctico, decidir en presencia de una ineficacia establecida por la ley o inducida a partir de ella cuándo se trata de ineficacia automática y radical o de ineficacia provocada, es una delicada cuestión de interpretación, para cuya solución deberán ponerse en juego todos los criterios hermenéuticos, valorando de modo particular el alcance y el sentido del texto legal, los intereses en juego y sobre todo la razón y la finalidad perseguida con la norma en cuestión por el ordenamiento jurídico.

8. Ineficacia absoluta e ineficacia relativa

La distinción entre una ineficacia absoluta y una ineficacia relativa no hace referencia al mecanismo de producción o de actuación de la ineficacia, sino al círculo de personas o de intereses que quedan afectados por ella.

Una ineficacia se llama absoluta cuando el contrato no produce ninguno de sus efectos para nadie. El contrato absolutamente ineficaz es ineficaz para todos. La ineficacia de carácter absoluto se produce, por decirlo así, *erga omnes*, y alcanza tanto a las partes y a sus causahabientes como a los terceros.

La ineficacia es relativa cuando el contrato despliega unas consecuencias diferentes para diferentes grupos de personas o diferentes círculos de intereses. Cuando la ineficacia es relativa, el contrato es ineficaz para un grupo de personas y es en cambio eficaz para otro u otros. La relatividad de la ineficacia puede coincidir con la distinción entre partes y terceros. Puede ocurrir, y a veces acontece, que un contrato surta entre las partes todos sus efectos y que, en cambio, deba ser considerado como ineficaz frente a terceros o frente a determinados tipos de terceros especialmente protegidos. Un acto de disposición realizado en fraude de los acreedores del disponente es, en principio, eficaz entre transmitente y adquirente, pero resulta ineficaz frente a los acreedores defraudados. De este modo se liga la idea de ineficacia relativa con la idea de inoponibilidad. Por el contrario, puede ocurrir que el contrato sea ineficaz entre las partes y que en cambio deba ser considerado como eficaz en relación con los terceros, sobre todo en relación con los terceros de buena fe que han podido confiar en la eficacia de tal contrato. Por ejemplo, un negocio simulado es ineficaz entre los autores de la simulación, pero la nulidad por simulación no puede ser opuesta a los terceros de buena fe.

Puede, finalmente, ocurrir que la eficacia opere con un distinto grado de intensidad respecto de cada una de las diferentes partes. Dicho de otro modo, es posible que el contrato sea eficaz para algunos de sus autores y que en cambio no lo sea para otros. Cuando un apoderado traspasa los límites del poder de representación que ostenta, el negocio por él realizado no obliga al poderdante, pero el apoderado queda personalmente obligado por el negocio (art. 1.725 CC).

9. Ineficacia originaria e ineficacia sobrevenida

Cuando se trata de distinguir entre una ineficacia originaria y una ineficacia sobrevenida, no se atiende al mecanismo de actuación de la ineficacia, ni tampoco al círculo de personas o de intereses que resultan afectados por ella, sino al momento temporal en que se produce. La ineficacia es originaria cuando la sanción debe o puede aplicarse desde el momento mismo en que el contrato ha sido celebrado. La ineficacia es sobrevenida

cuando la sanción comienza a aplicarse no a partir del momento de la celebración del contrato, sino a partir de un momento posterior y por virtud de un hecho sobrevenido.

La distinción entre ineficacia originaria e ineficacia sobrevenida no coincide con la distinción que en páginas anteriores se ha trazado entre ineficacia automática e ineficacia provocada. La ineficacia puede ser originaria y la sanción aplicarse *ab initio*, sin perjuicio del mecanismo de actuación de esta sanción, es decir, sin perjuicio de que exija o no un poder de impugnación para el cual sólo determinadas personas se encuentran legitimadas. Del mismo modo la ineficacia sobrevenida puede ser también automática o provocada. La ineficacia puede sobrevenir por virtud de la aparición de un supuesto de hecho al cual el ordenamiento jurídico la liga automáticamente. Puede, sin embargo, ocurrir que el ordenamiento jurídico se limite a atribuir por virtud de la aparición del supuesto de hecho sobrevenido un poder de impugnación del contrato.

Por ejemplo, según el art. 975, «la enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiera hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero». La ineficacia es aquí sobrevenida porque no se aplica *ab initio* en el momento de la realización de la enajenación, sino únicamente a partir del momento de la muerte del reservista enajenante y si no quedan hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio. Sin embargo, parece que para tal hipótesis la ineficacia es automática por falta de poder de disposición en el enajenante.

Cuando el Código determina la ineficacia de las donaciones por inoficiosidad (cfr. art. 654), la ineficacia de la donación no adviene en el momento en que es realizada, sino en el momento de la muerte del donante y computando el valor líquido de los bienes de su herencia. La ineficacia es aquí provocada porque exige el ejercicio del poder de impugnación por parte de las personas especialmente legitimadas para ello (cfr. art. 655).

10. Ineficacia total e ineficacia parcial

La ineficacia de un contrato puede ser total o parcial. Un contrato es una reglamentación autónoma de una situación jurídica y, como tal reglamentación, se compone de una serie de reglas de contenido preceptivo (cláusulas, pactos, estipulaciones). Por ello, la ineficacia puede afectar a la totalidad del contenido preceptivo del contrato o quedar circunscrita a alguna o algunas de sus disposiciones. Es claro que abstractamente considerado el tema, las dos soluciones son posibles. Puede entenderse que un contrato no puede ser eficaz en cuanto una parte de su contenido sea ineficaz en cuanto a otra, porque es un instrumento unitario para la organización y el logro de intereses y, por consiguiente, o es eficaz en todo o no

lo es en nada. La posición contraria se formula diciendo que un contrato, en el que una parte de su contenido es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica perseguida por las partes. Para fundamentar esta solución, se alega el llamado principio de conservación del negocio y la regla de que lo invalidado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*).

Examinaremos los problemas que la ineficacia parcial plantea, más detenidamente, al estudiar en su momento (cfr. *infra* pág. 455) la nulidad parcial.

11. Ineficacia estructural e ineficacia funcional

Esta distinción tiene su raíz en la razón o causa determinante de la ineficacia, pero adquiere todo su relieve porque el ordenamiento jurídico deriva de la diversidad del origen, una diversidad en el tratamiento normativo de la ineficacia.

Llamamos ineficacia estructural a la ineficacia de un contrato defectuoso, viciado o imperfecto. La ineficacia es estructural porque la irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura misma del contrato (contrato imperfecto, defectuoso, viciado). La ineficacia estructural atiende por consiguiente a la fase de celebración o de formación del negocio jurídico.

La ineficacia funcional en cambio, atiende a las consecuencias que un contrato regularmente formado produce en la realidad. La ineficacia es funcional porque la irregularidad consiste en la consecuencia inmediata que un contrato estructuralmente regular despliega. Hay ineficacia funcional, cuando un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión.

12. Ineficacia sanable e ineficacia insanable

Atendiendo a la posibilidad de corrección de las consecuencias anormales del contrato, la ineficacia puede ser sanable e insanable. Es sanable una ineficacia cuando un contrato originariamente ineficaz o un contrato claudicante adquiere la condición o cualidad de contrato regular y plenamente eficaz a virtud de un hecho o de un acto jurídico posterior. En cambio, es insanable aquella ineficacia que tiene un carácter radical e irremediable, de forma que no puede ya ser subsanada.

Los medios de sanación de un contrato ineficaz son *grosso modo* los siguientes:

- 1.º Una decisión del titular del poder de impugnación (confirmación).
- 2.º Un acto del titular de los intereses regulados por el contrato, que asume para sí la regulación negocial hecha por otra persona que carece de una expresa legitimación (ratificación, cfr. art. 1.259 CC).
- 3.º La transformación en otro análogo al que no afecte la causa de ineficacia y que sea susceptible de cumplir el interés práctico perseguido por las partes, como señala BETTI, mediante una corrección de la calificación jurídica del negocio, estimándolo como un negocio de tipo distinto de aquel que fue realmente celebrado (conversión).
- 4.º La adición en un supuesto negocial inacabado del elemento que falta (complemento de capacidad, autorización, etc.).
- 5.º El resarcimiento del daño, perjuicio o lesión causante de la ineficacia.
- 6.º La posterior adquisición del poder dispositivo del que el autor del contrato carecía, cuando éste fuera un negocio de disposición (convalidación).

§ 3. EL CONTENIDO GENERAL DE LA SITUACION DE INEFICACIA

13. Las consecuencias del contrato ineficaz

Para cerrar este estudio general de la ineficacia de un contrato es preciso hacer referencia a lo que paradójicamente se puede llamar los «efectos del contrato ineficaz». A pesar de que ello encierre una contradicción terminológica, el contrato ineficaz despliega alguna suerte de efectos jurídicos. Lo que ocurre es que estos efectos no son los que corresponden al tipo normal de negocio. No son los que del contrato cabía esperar.

Las consecuencias del contrato ineficaz suelen encerrarse bajo la regla o máxima *nullum effectum: quod nullus est nullum effectum producit*. Esta regla exige alguna puntualización. La misma semejanza existente entre la causalidad física y la causalidad jurídica, en tema de efectos generales de los actos jurídicos, se presenta aquí. La idea de *nullum effectum* no expresa una apariencia o un fenómeno real, sino un mandamiento o una sanción del orden jurídico. Quiere decirse que, a pesar de estar sancionado el *nullum effectum*, puede producirse o haberse producido en virtud del negocio ineficaz una mutación en la realidad social idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz. Por ejemplo, aunque una compraventa sea ineficaz puede haberse producido un traspaso posesorio de la cosa vendida y un pago de dinero.

Por ello, acaso más exacto que decir que el contrato es ineficaz y que no produce ningún efecto, fuera decir que el contrato debe ser tenido como ineficaz y que no debe producir ningún efecto. La ineficacia jurídica es una fórmula que encierra una disciplina normativa y que por consiguiente pertenece al mundo del deber ser: *quod nullum est nullum effectum producere debet*.

En cuanto disciplina normativa, la ineficacia contractual constituye un determinado tratamiento que debe ser aplicado al contrato y a las mutaciones de la realidad social fundadas en el contrato. Se trata, en definitiva, de la reacción que el ordenamiento jurídico debe experimentar cuando el contrato ineficaz ha sido realizado. ¿Cuál es esta reacción? Vamos a verla seguidamente.

14. La reacción del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz

La reacción del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz y el tratamiento que éste debe recibir no son siempre iguales, ni uniformes, sino que dependen, en una cierta medida, del tipo o modalidad que la ineficacia reviste y en alguna parte también de la fase en que se encuentre o del punto al que haya llegado el despliegue de las posibles mutaciones sociales.

Por vía de esquema y sin afán de exhaustividad, el abanico de las posibles reacciones del ordenamiento jurídico frente al contrato ineficaz puede ser esquematizado del siguiente modo:

a) La inexigibilidad de los efectos contractuales. Cuando los efectos contractuales no se han producido todavía en el campo de la realidad social, ninguna de las partes puede pretenderlos justamente. Una pretensión semejante sería inatendible y tendría que ser desestimada. Si llegara a ser formulada judicialmente, el demandado podría defenderse oponiendo la ineficacia del contrato. Se puede hablar por ello de una actuación de la ineficacia *ope exceptionis*. Por ejemplo, si el comprador demanda la entrega de la cosa, el vendedor puede defenderse oponiendo la excepción de ineficacia del contrato.

La pretensión basada en un negocio ineficaz carece de un fundamento jurídico atendible. El demandado puede enervar o detener dicha pretensión, oponiendo como excepción la ineficacia del negocio en que la pretensión se funda. Cuando la nulidad es radical, aunque el demandado no oponga la correspondiente excepción, el juez puede de oficio repeler y desestimar la pretensión, declarando, a este efecto, nulo el contrato.

b) La irrelevancia de los efectos contractuales. Cuando los efectos buscados por el contrato se han producido en la realidad social, la ineficacia comporta como consecuencia el que dichos efectos no puedan ser tomados en cuenta, ni amparados ni protegidos. Lo mismo los particulares que los

funcionarios pueden desconocerlos. Esta posibilidad de desconocimiento de los efectos socialmente producidos se denomina «irrelevancia». Por ejemplo: aunque el comprador haya recibido la posesión de la cosa comprada a virtud de un *traditio*, no puede ser considerado como propietario, ni puede obtener la inscripción del derecho de dominio en los registros públicos, ni dirigirse contra terceros en concepto de propietario de la cosa.

c) La desaparición de los efectos contractuales. La inexigibilidad y la irrelevancia constituyen, sin embargo, un mecanismo insuficiente para sancionar la ineficacia. Si las mutaciones en el ámbito de la realidad social no han debido producirse, la observancia del ordenamiento jurídico exige el restablecimiento de la situación existente con anterioridad a la celebración del contrato ineficaz. Este restablecimiento de la situación anterior lo consigue el ordenamiento jurídico facilitando la desaparición de los efectos socialmente producidos y la restitución de las cosas al ser y estado que tenían antes de celebrarse el contrato. Para ello es preciso algo más que la pura irrelevancia, que comporta, como antes decíamos, un poder desconocer, no tener en cuenta o no amparar. Se crea un mecanismo restitutorio, atribuyendo a cada uno de los interesados un poder de exigir la restitución —facultad o pretensión de restitución— y correlativamente se impone a cada uno de los interesados la obligación de llevar a cabo dicha restitución —deber u obligación de restitución.

d) La excepcional consolidación de los efectos contractuales. A pesar de la preceptuada ineficacia del contrato, el ordenamiento jurídico puede, excepcionalmente, preservar y mantener los efectos producidos en el campo de la realidad social. Esta excepcional consolidación o preservación de los efectos socialmente producidos deriva de dos tipos de razones, que son la necesaria protección que en ocasiones conviene dispensar a determinados intereses o la inatendibilidad de la pretensión restitutoria. Existen de este modo dos causas de lo que llamamos consolidación de los efectos contractuales del contrato ineficaz: la sanción por la culpabilidad en la ineficacia, que origina una privación de la pretensión restitutoria. Son, básicamente, los casos prevenidos en los arts. 1.305 y 1.306 CC respecto de la nulidad por ilicitud de la causa u objeto del contrato cuando el hecho constituya delito o falta o cuando exista causa torpe.

Estudiaremos con más detalle estos supuestos al examinar las consecuencias de la nulidad de los contratos (cfr. *infra* pág. 445).

La excepcional consolidación o preservación de los efectos contractuales puede obedecer a razones de protección de intereses que se juzguen legítimos. En especial, puede ser una medida de protección de la confianza creada en personas que de buena fe han creído en la eficacia del contrato aparente, bien sean las mismas partes del negocio o alguna de ellas o bien sean terceras personas. Por ejemplo, el art. 1.295 establece que la rescisión

no tiene lugar cuando las cosas objeto del contrato se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

15. La propagación de la ineficacia del contrato

En principio, la ineficacia queda limitada al ámbito del contrato irregular sancionado mediante ella. Sin embargo, en virtud del nexo de conexión existente entre diferentes contratos, cabe también que la ineficacia del contrato alcance otros contratos que con aquél se encontraban en una relación de conexión o de dependencia. Una relación de conexión o de dependencia entre varios contratos puede existir en dos hipótesis concretas: 1) Por constituir uno de dichos contratos un presupuesto o una *conditio iuris* para que el otro realice plenamente su función práctica. Por ejemplo, la eficacia del contrato de constitución de un gravamen sobre una cosa depende de la eficacia del contrato por el cual el constituyente del gravamen haya adquirido el dominio o el poder de disposición sobre la cosa gravada. 2) Ambos contratos cooperan contemporáneamente a la consecución del resultado económico o económico-social buscado por las partes. Nos encontramos entonces ante un supuesto de negocio complejo o de negocios coligados. Por ejemplo, se pacta la transmisión del dominio de un solar, la obligación del adquirente de construir un edificio, la obligación de transmitir al cedente determinados pisos y una serie de garantías reales para asegurar la obligación.

La pregunta que en tales supuestos debe hacerse es si la ineficacia de cada uno de estos pactos o contratos arrastra la ineficacia de los demás o no. Es decir, si se produce una «ineficacia en cadena» o, por decirlo así, una «ineficacia propagada». A mi juicio, el problema planteado admite una solución diferente según las razones de la conexión o de la independencia: 1.º Cuando la independencia nace de ser uno de los contratos condición de eficacia o presupuesto del otro, la regla debe ser que la ineficacia del contrato que es presupuesto o condición acarrea la del contrato dependiente, pero nunca al revés. 2.º Cuando la conexión existe por concurrir los varios contratos coligados a la consecución del resultado empírico proyectado, la regla aplicable debe ser la misma que se contemplaba en los casos de ineficacia parcial. La ineficacia de uno de los contratos sólo origina la ineficacia del conjunto, cuando el resultado práctico proyectado únicamente pueda conseguirse mediante la vigencia de todo el conjunto negocial. Por ejemplo: la ineficacia de la transmisión del dominio del solar comporta la ineficacia de todo el conjunto negocial. En cambio, no parece que ocurra necesariamente lo mismo si resultan ineficaces las garantías prestadas por el adquirente.