

Document downloaded from the institutional repository of the University of Alcalá: <http://ebuah.uah.es/dspace/>

This is a version of the following published document:

Marcos González, M. 2012, "Apreciación de oficio de la nulidad contractual: una facultad inquisitiva". En: Soto Coaguila, C. A. (coord.), *Teoría general de los contratos: homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti*, La Ley, pp. 1565-1656.

© La Ley S.A.E. e I. 2012

(Article begins on next page)



This work is licensed under a

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives
4.0 International License.

LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA FACULTAD INQUISITIVA

Por María MARCOS GONZÁLEZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Justificación de la metodología procesal. 3. La nulidad contractual en la legislación procesal. 4. La tesis bipartita de la nulidad contractual. 5. La apreciación de oficio de la nulidad contractual en la jurisprudencia. 5.1. La congruencia de la sentencia. 5.1.1. La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia. 5.1.2. La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia. 5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual. 5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad.

1. INTRODUCCIÓN

1. La doctrina jurídica española ha prestado desde hace tiempo una notable atención al estudio interdisciplinar del régimen jurídico de la nulidad contractual, como se desprende de los numerosos trabajos científicos, algunos de los cuales serán citados, en los que se abordan conjuntamente los aspectos sustantivos y los aspectos procesales implicados en el mismo.

Este esfuerzo doctrinal por realizar un estudio integrado de los aspectos procesales y sustantivos de la nulidad contractual se pone especialmente de manifiesto en los trabajos de la *doctrina civilista* española en los que tradicionalmente se hace referencia no sólo a cuestiones de naturaleza sustantiva sino también a cuestiones de naturaleza exclusivamente procesal.

(1) Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Alcalá, Madrid, España.

En efecto, la nulidad contractual es una cuestión jurídica sobre la que nuestros tratadistas más prestigiosos, sobre todo del ámbito del Derecho Civil, se han pronunciado con hondura y rotundidad en el intento de ofrecer una interpretación sistemática, y ajustada al tiempo presente, del régimen establecido por el legislador sustantivo en el Código Civil de 1889 y sus sucesivas reformas⁽²⁾ (artículos 6.2 y 1300 a 1314).

De este modo, en el panorama doctrinal español, es muy frecuente encontrar la opinión razonada de civilistas sobre cuestiones procesales como las que se enumeran a continuación: si la resolución judicial es necesaria para destruir la apariencia de validez del negocio nulo; si la sentencia que se dicte al respecto es de naturaleza declarativa o constitutiva; si puede el juez de oficio condenar a la restitución de lo entregado además de declarar la nulidad contractual; si es congruente la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad del contrato no pedida por las partes; cual es el ámbito de aplicación de la regla *iura novit curia* en la declaración de nulidad; quienes están legitimados para solicitar la nulidad judicial del contrato; si la excepción de nulidad contractual tiene plazo de prescripción o no; cual es el alcance subjetivo, objetivo y temporal de la cosa juzgada en la sentencia de nulidad contractual; si la alegación de nulidad se introduce en el proceso por vía de excepción o de reconvencción; y, finalmente, si la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad tiene efectos *ex tunc* o *ex nunc*.

También la jurisprudencia ha tenido ocasión, como iremos exponiendo, de pronunciarse en numerosas sentencias sobre los problemas jurídicos, procesales y sustantivos, que plantea en la práctica forense esta institución⁽³⁾.

(2) *Vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario a los artículos 1300 a 1314 del Código Civil. Comentarios del Código Civil*, I, Madrid, 1991, Ministerio de Justicia, ps. 541 y ss.; ídem, *De la nulidad de los contratos. Comentario a los artículos 1300 a 1314. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII, V. 2º, Madrid, 1995, ps. 273 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Madrid, 1967; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1961, ps. 606 y ss.

(3) V. RODRÍGUEZ NAVARRO, M. *Doctrina Civil del Tribunal Supremo, artículos 1300 a 1314 del Código Civil*, III, Madrid, 1951, ps. 4577 a 4652; ídem, *Doctrina Civil del Tribunal Supremo, artículos 1301 a 1311 del Código Civil*, Apéndice I, Madrid, 1955, ps. 540 a 546; V. una recopilación de la misma, ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. *Doctrina, antecedentes y concordancias de los artículos 1300 a 1314. Código Civil. Doctrina y jurisprudencia* (con SANTOS BRIZ, J.), IV, Madrid, 1996, ps. 796 y ss.; PASQUAU LIAÑO, M. (dir.), ALBIEZ DOHRMANN, K. J. LÓPEZ FRÍAS, A. (coord.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, T. I y II, Granada, 2000.

No nos encontramos, en consecuencia, ante una cuestión relegada por la investigación civilista sino, por el contrario, ante una cuestión sobre la que gravitan numerosas reflexiones de elevada altura intelectual recogidas tanto en manuales generales de Derecho Civil como en trabajos o artículos monográficos⁽⁴⁾.

(4) V. ALBALADEJO GARCÍA, M. "Ineficacia e invalidez del negocio jurídico". En: *Revista de Derecho Privado*, 1958, ps. 603 y ss.; ALONSO MONTERO, "La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes". En: *Revista La Ley*, 1988, 1; BORREL y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español*, Barcelona, 1947; BONET CORREA, "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1976, ps. 306 y ss.; CARRASCO PERERA, A. *Comentario al artículo 6. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, I, V.I, Madrid, 1992, ps. 769 y ss.; CARRIÓN OLMOS, S. "Sobre la apreciabilidad o no de oficio de las nulidades absolutas. Comentario a la STS 24 abril 1997". En: *Revista de Derecho Privado*, 1999; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, T. III, Madrid, 1992; DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia 12 de marzo 1993 y la jurisprudencia del último decenio". En: *Revista Aranzadi Civil*, 1993, N° 19, ps. 9 y ss.; ídem, *Manual de las nulidades; De las nulidades de los contratos* (con PARRA LUCÁN, M^a. A.), <http://www.codigo-civil.org/nulidad/>, Zaragoza, 2003; ídem, Delgado Echeverría, J. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005; ídem, *Las nulidades de los contratos: un sistema de evolución* (con PASQUAU LIAÑO, CARRASCO PERERA, RAMS ALBESA, VATTIER FUENZALIDA, MIQUEL GONZÁLEZ, CLAVERIA GONSALVEZ), Pamplona, 2007; DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L. "La inexistencia del negocio jurídico". En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960-1961, p. 486; ídem, *La nulidad de los actos jurídicos. Libro homenaje al profesor Luis Martín Ballastero*, Zaragoza, 1983, ps. 481 y ss.; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *La liquidación de las nulidades contractuales; El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, CGPJ, Madrid, 1994; GETE-ALONSO y CALERA, *Comentario al artículo 7. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid, 1992, ps. 898 y ss.; GORDILLO CAÑAS, A. "Violencia viciante, violencia absoluta e inexistencia contractual". En: *Revista de Derecho Privado* 1983, ps. 214 y ss.; ídem, *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, ps. 935 y ss.; ídem, "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1975, ps. 101 y ss.; GÓMEZ MARTÍNEZ FAERNA, *La nulidad parcial de los negocios jurídicos. Estudios de Derecho Privado* (dir. MARTÍNEZ RADIO), I, Madrid, 1962, ps. 338 y ss.; JORDANA FRAGA, F. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractual*, Bolonia, 1988; LABANDERA y BLANCO, "Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil". En: *Revista de Derecho Civil*, 1913-1914, ps. 171 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil, Derecho de obligaciones, Parte General. Teoría General del contrato*, T. II, Barcelona, 1994, ps. 561 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. "Venta de viviendas de protección oficial a precio superior o inferior al máximo autorizado". En: *Revista General de Derecho*, N° 594, marzo 1994, ps. 1775 y ss.; ídem, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995; LÓPEZ FERNÁNDEZ, L. M. "Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (SSTS de 3 de septiembre y 15 de

A nuestro juicio, el referido tratamiento interdisciplinar resulta particularmente adecuado puesto que no parece factible alcanzar una completa comprensión del régimen jurídico de la nulidad contractual centrándose en exclusiva en las cuestiones de naturaleza sustantiva y dejando de lado las cuestiones procesales que la misma plantea.

Precisamente el hecho de que la doctrina civilista haya traspasado los límites naturales de su ámbito de conocimiento y se haya pronunciado de modo habitual sobre las cuestiones procesales referidas pone de manifiesto, a nuestro juicio, la ineludible necesidad de abordar el estudio de la nulidad contractual de forma *sistemática* abarcando tanto los aspectos sustantivos como procesales. En caso contrario, si se disociara el estudio de ambos aspectos implicados en la nulidad contractual y se elaboraran interpretaciones desvinculadas —civiles, por un lado, y procesales, por otro— los resultados que se alcanzarían serían necesariamente insatisfactorios debido a su parcialidad y carencia de sistema.

Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el hecho de que la doctrina civilista española se haya centrado desde hace tiempo en el estudio conjunto de los aspectos procesales y sustantivos de la nulidad contractual no necesariamente significa que ya contemos con la adecuada interpretación *sistemática* de ambos, puesto que, esto no se obtiene por el mero estudio conjunto de los elementos de diferente naturaleza, sino también por el adecuado tratamiento jurídico que los mismos reciban conforme a su diversa naturaleza jurídica; es decir,

octubre de 1992)". En: *Anuario de Derecho Civil*, 1993, ps. 1372 y ss.; LÓPEZ FRÍAS, "Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español". En: *Anuario de Derecho Civil* 1990, ps. 851 y ss.; MARÍN PADILLA, M^a. L. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos. Utile per inutile non vitiatur*, Barcelona, 1990; MONFORT FERRERO, M. J. "Contratos: Nulidad. La valoración del bien cuando la restitución es imposible por encontrarse en poder de terceros protegidos". En: *Revista de Derecho Patrimonial*, 1988; MORENO MOCHOLI, "Las irregularidades en el negocio jurídico". En: *Revista de Derecho Privado*, 1946, ps. 21 y ss.; PARRA LUCÁN, M^a. A. "El tercero obligado a restituir la cosa. Acción civil en el proceso penal: declaración de nulidad de títulos por la jurisdicción penal e indemnización de daños". En: *Derecho Privado y Constitución*, N^o 5, enero/abril 1995; ídem, *Invalidez e ineficacia en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español*, enero de 2004, Versión de trabajo, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/?p=22>; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid 1997; RUBIO TORRANO, E. "El sobreprecio en la compraventa de viviendas de protección oficial". En: *Revista Aranzadi Civil*, 1993, I, ps. 1869 y ss.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003.

las cuestiones procesales no deben recibir un tratamiento propio de las cuestiones sustantivas, y viceversa, porque en este caso podemos afirmar que la interpretación sistemática no estaría definitivamente conseguida.

2. En el presente trabajo nos proponemos examinar la cuestión relativa a la apreciación de oficio de la nulidad contractual *desde una perspectiva procesal*.

En concreto, nos centraremos en la apreciación de oficio de la nulidad contractual del ámbito civil, en sentido estricto, y en sede de proceso civil de declaración; en consecuencia, no será objeto de nuestro estudio la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas conforme a las normativas sobre Condiciones generales de la Contratación y sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque a pesar de la indudable relación de esta materia con el objeto del trabajo sin embargo también la misma presenta notables peculiaridades —por la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente al profesional— que aconsejan, a nuestro juicio, un estudio autónomo de esta cuestión⁽⁵⁾; por otro lado, tampoco prestaremos atención a la denegación de la ejecución forzosa del laudo arbitral por apreciar de oficio de nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de adhesión, porque a pesar de la indudable relación de la materia con el objeto del trabajo, entendemos que además del motivo señalado con anterioridad aquí también concurre la circunstancia de encontrarnos ante el proceso de ejecución, y no el de declaración que es en el que nos hemos centrado, por lo que consideramos que esta materia también conviene estudiarla en su sede propia respetando así la naturaleza y normativa propia del proceso ejecutivo.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA METODOLOGÍA PROCESAL

3. Pero antes de adentrarnos en su estudio conviene que nos preguntemos si este trabajo puede tener algún interés científico o, si por

(5) Al respecto, afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “para un caso concreto, de difícil generalización, la S. TJCE 27 junio 2000 (asuntos C-240, C-241, C-242, C-243 y C-244/1998), resolviendo cuestión prejudicial planteada por el JPI N° 35 de Barcelona, declara que: “La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 112).

el contrario, puede resultar inútil o superfluo porque aborda una cuestión que ya ha sido suficientemente tratada y satisfactoriamente resuelta por la doctrina civilista.

Nuestra respuesta a este interrogante se sitúa en la línea de defender la necesidad actual de afrontar el estudio de la apreciación de oficio de la nulidad contractual desde las categorías propias del Derecho Procesal y desde la metodología propia de esta rama del ordenamiento jurídico porque entendemos que los esfuerzos de la doctrina civilista por resolver adecuadamente esta cuestión procesal no han alcanzado un resultado satisfactorio desde el punto de vista científico y, sobre todo, desde el punto de vista de la protección de las garantías procesales (artículo 24 CE).

La causa principal de este resultado insatisfactorio deriva, a nuestro juicio, del hecho de que la mayoría de los civilistas españoles al plantearse los problemas de naturaleza procesal de la nulidad contractual, y al tratar de resolverlos, no suelen acudir a las fuentes normativas ni bibliográficas propias de la disciplina procesal sino que buscan la solución en sus propias categorías conceptuales (de naturaleza sustantiva) y en el Código Civil⁽⁶⁾.

La justificación de este modo de proceder podemos encontrarla en que los aspectos procesales de la nulidad contractual han sido regulados por el legislador en el Código Civil y esta circunstancia ha llevado a los civilistas a considerar que la normativa procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de 1881) no era de aplicación supletoria puesto que la interpretación auténtica de los preceptos procesales de la nulidad contractual contenidos en el Código Civil debía llevarse a cabo en el marco de la propia norma sustantiva. De este modo, se ha producido un lógico desajuste entre la naturaleza *procesal* de las cuestiones y el tratamiento *sustantivo* otorgado a las mismas y, como consecuencia del mismo, los problemas procesales han quedado sin respuesta adecuada.

Ciertamente, los autores civilistas cuando se refieren a la “acción”, la “legitimación”, o el “interés”, contemplan realidades desde un punto de vista de Derecho Civil, de Derecho privado; sin embargo los autores procesalistas cuando utilizan estos mismos términos se refieren a rea-

(6) Salvo excepciones como, entre otras, DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, que examinan las cuestiones procesales desde la legislación y la doctrina procesal, V. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2ª, op. y loc. cit.; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ob. cit., ps. 256/258.

lidades procesales, de Derecho público, por lo que la diferencia entre ambos conceptos es notable.

En particular, a la diferencia entre el concepto procesal y el concepto material de “legitimación” se refiere la SAP Madrid, Sección 10ª, de 5 de febrero de 2000⁽⁷⁾ con estas palabras “la doctrina procesalista reputa como “legitimación” o bien la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada —representada por la titularidad de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación— en la posición que fundamenta en Derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una concreta prestación (pasiva). Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, “legitimados” como partes lo están lo sujetos de la relación jurídico-material deducida en juicio; es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercerlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder. Ahora bien, sucede que precisamente lo que trata de averiguarse por medio del proceso es si existe o no el derecho del actor y si existe precisamente contra él o los demandados, que es lo que habrá de decidir la sentencia, y por ello la “legitimación” no toma en cuenta la relación jurídico-material en cuanto existente, sino en cuanto meramente “afirmada” o “deducida”. La legitimación, pues, no es un presupuesto del proceso ni por ende una cuestión —previa— de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y, por ello, atañe al fondo del asunto, condicionando el contenido material de la sentencia. Este concepto de legitimación, en cuanto instituto material es, sin embargo y por ello, procesalmente neutro e infructífero. Se es parte en un proceso por el hecho de formular una demanda o aparecer designado en ella como demandado, abstracción hecha de que quién pida o frente a quién se pida sean titular y obligado, respectivamente, por el derecho material deducido en el proceso, o no lo sean, circunstancia que... se decidirá en la sentencia. Tan válidos y eficaces son los actos realizados en el proceso por unos como por los otros, y no puede disociarse del fondo la determinación de si quién es parte por demandar o por ser demandado son precisamente aquellos sujetos entre los cuales puede jurídicamente resolverse con eficacia la cuestión litigiosa... Si el demandado es titular activo del derecho a la prestación que insta

(7) V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada, Soluciones prácticas de la doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 2010, ps. 91/92.

existirá la legítima probabilidad de una sentencia favorable —en el fondo— para él; si carece de la correspondiente titularidad quien haya sido demandado habrá de ser absuelto, pero no en la instancia como si de un presupuesto procesal se tratase, sino igualmente en el fondo”.

Por otro lado, el sentido jurídico que se le de a la expresión “naturaleza declarativa de la sentencia” frente a la naturaleza “constitutiva” puede ser sutilmente diferente según la formación, civil o procesal, de quien la examine⁽⁸⁾. Esta dificultad es especialmente compleja a la hora de delimitar qué se entiende por “interés público” en el Derecho civil —que requiere el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad— y qué se entiende por interés público en el Derecho procesal —que exige la intervención estatal en el proceso a través del principio de oficialidad— sobre todo cuando ambas cuestiones no se exigen mutuamente, es decir, cuando una cuestión que afecta a los intereses públicos, desde la perspectiva civil, no tiene la suficiente entidad desde la perspectiva procesal como para exigir que la misma se rija por el principio señalado. Y por último, en el Derecho Procesal la ley es la principal fuente del Derecho y esta tiene carácter imperativo por lo que las partes procesales y el Tribunal deberán respetar sus estrictos términos; sin embargo, en el Derecho Civil contractual la ley, con carácter general, es dispositiva por lo que las partes disponen de amplias facultades para configurar sus contratos; si el estudioso, por confusión, otorgara un carácter dispositivo a sus normas o entendiera que las partes o el Tribunal pueden adquirir facultades al margen de la ley la notable introduciría tal distorsión en el sistema que le impediría una correcta comprensión de las instituciones procesales.

En particular, desde la perspectiva procesal, “la *acción declarativa* es aquella en la que se pretende la constatación, con fuerza de cosa juzgada por medio de un fallo judicial, de la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica o estado, situación, o derecho, etc., sin que, en virtud de la mera declaración, pueda imponerse ninguna clase de prestación, que no sea la de y pasar por la declaración de la existencia o inexistencia de la relación o situación jurídica puesta

(8) En este sentido, DELGADO ECHEVARRÍA afirma que “la doctrina del carácter constitutivo de la acción (de anulabilidad) tiene como fundamento el prejuicio del carácter válido del contrato anulable mientras una sentencia no lo constituya en inválido, y suele explicarse mediante la doctrina del derecho potestativo de impugnación, cuyo ejercicio extrajudicial —aunque admitido expresamente en Derecho alemán— nuestra doctrina sólo excepcionalmente admite” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 49).

en duda o controvertida (SAP Alicante, Sección 7ª, de 30 de octubre de 2000). Se admite por la doctrina y la jurisprudencia sólo “a condición de que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica” (SSTS de 22 de septiembre de 1994 y 10 de marzo de 1961), por una especial motivación determinada por el interés del actor “en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado” (STS de 7 de enero de 1959), concediéndose en consecuencia “únicamente” cuando el demandante tenga un interés legítimo en que esa relación jurídica puesta en duda o controvertida sea inmediatamente declarada (SSTS de 9 de abril de 1949, de 10 de abril de 1954 y de 9 de enero de 1968) (SAP Madrid, Sección 10ª, de 20 de octubre de 2001). Y dirigiéndose frente a “la persona que de un modo serio, formal, deliberado y solemne” discute el derecho al titular o no se allana a reconocerlo (STS, Sala 1ª, de 3 de diciembre de 1977). La *acción constitutiva* es aquella que trata de lograr una sentencia que extinga o modifique un estado jurídico preexistente o cree un estado jurídico nuevo, provocando la resolución por sí misma dichos cambios (SAP Córdoba, Sección 2ª, de 25 de abril de 2002). A diferencia de la acción meramente declarativa en la que el efecto ya se ha producido *ipso iure*, la constitutiva pretende que la sentencia lo produzca (SAP Baleares, Sección 4ª, de 22 de noviembre de 2001)”⁽⁹⁾.

Por lo expuesto, consideramos encomiable el intento de la doctrina civilista de estudiar conjuntamente los aspectos procesales y sustantivo de la nulidad contractual, si bien no nos parece adecuado calificar a tal intento de interpretación sistemática puesto que, como hemos expuesto, entendemos que la misma requiere que cada uno de los aspectos integrados sea tratado conforme a su naturaleza jurídica y nos parece que esto último aún no se ha conseguido en relación a los aspectos procesales de la nulidad contractual, ni en consecuencia, con la apreciación de oficio de dicha nulidad.

Lo mismo sucedería si los procesalistas, además de centrarse en los aspectos de su ámbito científico, abarcaran aspectos netamente sustantivos en sus trabajos y les dispensaran un tratamiento típicamente procesal; en este caso también nos encontraríamos ante un loable deseo de alcanzar un estudio *sistemático* de la materia, pero sólo ante un deseo, puesto que la efectiva consecución de un estudio de estas características exige no sólo la adecuada integración en el *sistema* de materias de diferente naturaleza sino que, además, exige que cada una

(9) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., ps. 72/73.

de estas materias sea examinada conforme a la metodología adecuada; en consecuencia si las cuestiones procesales de la nulidad contractual fueran examinadas al margen del tratamiento procesal que las mismas requieren y se les aplicara un metodología propia de cuestiones de naturaleza civil nos encontraríamos *de facto* ante una negación de las peculiaridades intrínsecas de las mismas con el inevitable riesgo de alcanzar conclusiones no del todo satisfactorias.

Y es precisamente la utilización por la doctrina civil de un *enfoque metodológico inadecuado* sobre la cuestión procesal objeto de nuestro estudio lo que justifica, a nuestro juicio, la conveniencia de realizar un análisis de esta materia desde categorías conceptuales procesales y desde la legislación procesal vigente.

No obstante lo expuesto, conviene advertir que nuestro posicionamiento exclusivamente procesal no lo concebimos como un distanciamiento de las agudas observaciones doctrinales elaboradas en sede civilista sobre la materia objeto de nuestro estudio⁽¹⁰⁾. Por el contrario, entendemos que estas aportaciones doctrinales elaboradas en sede civilista constituyen un material de estudio imprescindible para cualquier investigador que pretenda, como es nuestro caso, adentrarse en el examen de las cuestiones procesales que la nulidad contractual plantea, puesto que una de las notas clásicas del Derecho Procesal es su carácter instrumental en relación al Derecho sustantivo; instrumentalidad que, por lo demás, no excluye la autonomía de esta rama del ordenamiento jurídico⁽¹¹⁾.

Dicha instrumentalidad se refiere, como es conocido, a que las cuestiones procesales —como la legitimación, los poderes de disposi-

(10) En particular, V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario a los artículos 1300 a 1314 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, loc. cit., ps. 322/331, 339-343, 365-397; *De las nulidades de los contratos* (con PARRA LUCÁN, M^a. A.), Parte 2, op.cit; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 256/277; EGUSQUIZA VALMASEDA, M^a A. “Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato”. En: *Cuadernos de Aranzadi Civil*, N^o 4, 1999, ps. 27/92.

(11) CALAMANDREI, P. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, Buenos Aires 1962 (trad. Sentís Melendo), I, ps. 144 y ss.; FENECH, M. *Notas previas al estudio del Derecho Procesal. Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962 (con CARRERAS LLANSANA, J.), ps. 35 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), Madrid, 2004, p. 61; y CORDÓN MORENO quien afirma que “el Derecho Procesal es un derecho instrumental. El proceso es un medio para conseguir un fin específico, la protección por los órganos jurisdiccionales de los derechos e intereses legítimos a través de la actuación o aplicación de la ley en el caso concreto” (CORDÓN MORENO, F. *Introducción al Derecho Procesal*, Pamplona, 1998, p. 190).

ción de las partes, las facultades de dirección del juez, o la congruencia de la sentencia, por citar sólo algunas de las más decisivas—, son reguladas por el legislador procesal en directa relación con las características concretas de la institución sustantiva a la que sirven y, en consecuencia, modeladas *ad hoc* para permitir que el Derecho objetivo, en sus múltiples manifestaciones jurídicas, despliegue toda su eficacia en la práctica forense.

En este sentido —trasladando esta tesis general al objeto de nuestro estudio— entendemos que los aspectos procesales concretos aplicables al supuesto de la nulidad contractual están condicionados por el alcance jurídico de los derechos e intereses legítimos —de naturaleza sustantiva— que el legislador civil haya pretendido proteger a través de los preceptos sustantivos reguladores de aquella institución.

En consonancia con esta visión *sistemática* entre aspectos materiales y procesales de la nulidad del negocio jurídico, entendemos que la solvencia de los postulados que defendamos a lo largo de estas páginas, en relación a la apreciación de oficio, no dependerá solamente de la correcta utilización de los conceptos elaborados por la Ciencia Procesal, sino también, y en gran medida, de la coherencia real entre la instrumentación procesal y la regulación sustantiva vigente de la institución que vamos a estudiar.

Expuesta la inescindibilidad entre los aspectos procesales y sustantivos que, a nuestro juicio, reclama la comprensión global del régimen jurídico de la nulidad contractual debemos precisar que sólo nos vamos a referir a cuestiones sustantivas en la medida en que sea preciso por incidir directamente sobre los aspectos procesales de nuestro estudio.

Por otro lado, nuestro propósito no se dirige a exponer una teoría general sobre la apreciación de oficio de la nulidad contractual sino que se limita a tratar de analizar el alcance de nuestro sistema legal a la luz de la jurisprudencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo elaborada en los últimos veinte años⁽¹²⁾. Por este motivo, las fuentes del Derecho a las que haremos referencia serán, en todos los casos, nacionales, sin incluir, por tanto, citas de *Derecho Comparado* que podrían introducir, en este contexto, más confusión que claridad.

(12) Artículo 3 CC que establece que “las normas se interpretan según... el sentido social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

3. LA NULIDAD CONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

4. Antes de adentrarnos en el estudio del régimen procesal de la apreciación de oficio de la nulidad contractual, nos parece conveniente referirnos al tipo de proceso jurisdiccional en el que se debaten las cuestiones relativas a la nulidad contractual ya que esta referencia nos situará ante el marco procesal en el que actúa dicha apreciación de oficio y, en consecuencia, nos facilitará una mayor comprensión de la misma.

Al respecto, la nulidad contractual en el sistema procesal civil se ventila y decide en el proceso declarativo que corresponda conforme a las normas procesales en razón de la materia y de la cuantía⁽¹³⁾ por cuanto se trata de un proceso declarativo ordinario ya que la LEC 2000 no ha establecido un proceso especial que verse sobre la nulidad contractual⁽¹⁴⁾.

Desde el punto de vista procesal esto significa que, a juicio del legislador, la nulidad contractual no presenta perfiles especiales que requieran el establecimiento de un proceso autónomo por lo que el proceso declarativo ordinario es el adecuado para resolverla⁽¹⁵⁾.

Veamos brevemente algunas de las razones por la que el legislador procesal suele establecer procesos especiales, o con especialidades, con el fin de extraer alguna conclusión interesante para nuestro estudio.

La presencia de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal es una de las razones por las que el legislador establece procesos especiales en los que no rige el principio dispositivo o el mismo matiza su influencia⁽¹⁶⁾. Tal es el caso de las *materias civiles* no dispositivas para cuyo enjuiciamiento la LEC 2000 ha establecido los procesos

(13) Artículos 248, 249 y 250 LEC.

(14) V. artículo 748 LEC.

(15) "El proceso declarativo que sirve para decidir sobre las acciones declarativas, constitutivas y de condena es idéntico aunque, en atención a las características de la relación jurídica sustanciada, existan cauces procedimentales diferenciados, pero sin que ello implique la pérdida de la naturaleza esencialmente declarativa de aquél" (SAP Madrid, de 30 de abril de 2002) Por otro lado, conforme destaca la jurisprudencia, las acciones ejercitadas no se identifican sólo por el nombre utilizado por las partes, sino que cabe deducir su naturaleza del contenido exacto de las pretensiones efectivamente deducidas [SAP La Coruña, Sección 6ª, de 14 de marzo de 2002]" (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73).

(16) Exposición de Motivos, XIX, párrafo 4º.

especiales del Libro IV en atención a las particularidades de la materia sustantiva.

Así, por ejemplo, al Estado le interesa que todo sujeto incapaz sea incapacitado por sentencia judicial, pero a la vez también le interesa que sólo los realmente incapaces sean incapacitados y por este doble interés estructura el proceso civil de forma que, por un lado, el Estado (a través del Ministerio Fiscal) está legitimado para solicitar judicialmente la incapacitación del incapaz en el caso en que ningún sujeto legitimado lo iniciara y, por otro, el Estado recaba datos fácticos (informe médico preceptivo) sobre el efectivo estado de incapacidad del sujeto completando, en su caso, las aportaciones de las partes⁽¹⁷⁾.

Por tanto, en los procesos civiles previstos para el conocimiento de estas *materias* civiles indisponibles están presentes de alguna forma los principios de oficialidad y de investigación de oficio⁽¹⁸⁾ —variando notablemente el régimen procesal propio del proceso civil ordinario— porque los mismos resultan más coherentes con la adecuada protección de los intereses públicos que están afectados en este tipo de materias civiles⁽¹⁹⁾.

Con claridad lo expone el Tribunal Supremo al afirmar que “el principio dispositivo en su vertiente procesal, es contrario a un modelo inquisitivo de proceso civil, de forma que no se trata de buscar

(17) V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal*, Tomo IV (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), Madrid, 1995, p. 214.

(18) Con nitidez lo expresa CARRERAS LLANSANA al afirmar que “existen materias susceptibles de discutirse en un proceso civil, en los que no existe ni tiene vigencia el principio de renunciabilidad de los derechos, ni por ello puede tenerla el dispositivo de las partes en el proceso correspondiente (...). De aquí que, lógicamente, debiera ampliarse el ámbito de las facultades directivas del Juez, ya que dichos procesos deben estar regidos por el principio de la oficialidad y de inquisición de oficio, aunque la forma sea contradictoria para salvaguardar en lo posible la imparcialidad del juicio (...) y en la permisión al Juez de que haga cuanto sea preciso para conocer la verdad histórica en toda su amplitud y sin limitación por causa de las alegaciones de las partes” (CARRERAS LLANSANA, J. *La función del Juez en la dirección del proceso civil*; b) *Facultades materiales de dirección. Estudios de Derecho Procesal*, [con FENECH NAVARRO, M.], Barcelona, 1962, ps. 257/258).

(19) Como es el caso, entre otros, de las materias relativas al estado civil de las personas. En los procesos establecidos para este tipo de objetos, “las pretensiones de las partes (...) habrán de tomarse en consideración sólo en la medida en que la satisfacción del interés público se ha de conseguir respetando el papel procesal atribuido a las partes que, por la naturaleza de las cosas, no tiene que ser decisivo ni determinante y que es necesario configurar de modo que no se alce nunca como obstáculo para la satisfacción del interés público” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal, Introducción* [con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.], ob. cit., p. 64).

la realidad material, disponiendo el juez de cuantas pruebas sirvan a este objeto (STS de 14 de noviembre de 1994) sino que las partes son dueñas del objeto del proceso y del derecho material que se discute en él (STS de 31 de diciembre de 1996). Este principio se mitiga, si bien no desaparece en procesos de familia, filiación o referentes a la capacidad de las personas, en cuanto está implicado el interés público que desplaza al interés individual, ahora, las partes, deducidos en juicio sus derechos, pierden la libre disposición de los mismos y la sentencia ha de reflejar al máximo de lo posible la verdad material (SAP Alicante, de 20 de noviembre de 1998), rehuyendo la verdad formal, con la obligada adscripción al principio de libertad en materia de pruebas” (STS de 12 de junio de 1989)⁽²⁰⁾.

Por otro lado, estas referidas *materias* civiles no dispositivas presentan otra peculiaridad importante, a efectos procesales, como es el que la sentencia que se dicta en los respectivos procesos tiene naturaleza *constitutiva*⁽²¹⁾, puesto que cualquier cambio, modificación o extinción de la situación jurídica sustantiva debe ser examinada necesariamente en el proceso jurisdiccional y ser objeto de pronunciamiento judicial por lo que las partes no pueden proceder, por su propia autonomía, a la obtención de ninguno de los efectos jurídicos señalados por la ley civil⁽²²⁾

El hecho de que la nulidad contractual no disponga de un proceso especial implica que no nos hallamos ante una *materia* indisponible y

(20) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 452.

(21) Afirma CORDÓN MORENO que “el acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídicas sustantivas, y la sentencia judicial (salvo el caso de las sentencias constitutivas) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes” (CORDÓN MORENO, F. *Introducción*, ob. cit., p. 57).

(22) “Por el *petitum* podemos distinguir distintos tipos de acciones (...) dentro de las declarativas se pueden distinguir tres categorías; acciones merodeclarativas, si se pide una tutela consistente en la declaración de existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica que se muestra incierta: acciones constitutivas cuando la tutela que se solicita va dirigida a la creación, modificación de un derecho, estado o relación jurídica que no es posible lograr sin la intervención de los tribunales; y acciones de condena, si lo que se pide es la declaración de la existencia de un derecho a prestación por parte del demandado y la orden de condena a su cumplimiento” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, 2000, p. 20). En el mismo sentido, afirma DE LA OLIVA que (...) finalmente, cabe que se pretenda una tutela jurisdiccional consistente en un cambio jurídico que sólo un pronunciamiento jurisdiccional puede lograr (acción constitutiva)” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración* [con Díez-Picazo Giménez, I.], Madrid, 2004, p. 64).

en consecuencia el proceso en el que se decide es un proceso ordinario que se rige por el principio de justicia rogada o principio dispositivo con sus razonables consecuencias⁽²³⁾.

Descartado el proceso especial de nulidad contractual, conviene que examinemos si el proceso declarativo ordinario contempla alguna especialidad procesal para el supuesto de la nulidad contractual.

Al respecto, el legislador regula un tratamiento procesal específico, en sede de “juicio ordinario”⁽²⁴⁾, de la alegación por el demandado de la nulidad del negocio jurídico en el que se funde la demanda⁽²⁵⁾ que afecta a la cosa juzgada material⁽²⁶⁾.

El propio legislador ha dejado constancia, en la Exposición de Motivos⁽²⁷⁾, de los criterios inspiradores de esta regulación específica, que han sido dos: en primer lugar, la necesidad de seguridad jurídica; y, en segundo lugar, la conveniencia de evitar que la misma cuestión jurídica sea objeto de examen jurisdiccional en sucesivas actuaciones procesales —una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción— cuando la misma puede ser definitivamente resuelta en un único proceso.

Este tratamiento específico de la nulidad contractual afecta al juicio ordinario en el que “el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en el que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio” por lo que no estamos ante una regulación específica para otro tipo de procesos en los que se debata la nulidad contractual —es el caso del juicio verbal— ni tampoco altera la vigencia del principio dispositivo en los procesos relativos a la nulidad contractual. Por otro lado, como expresamente dispone el artículo

(23) Exposición de Motivos, VI, párrafo 1º.

(24) Título II, Capítulo Primero, Sección Segunda “de la contestación a la demanda y de la reconvencción”

(25) V. Artículo 408 LEC. Sobre este artículo, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentario al art. 408. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO, F.; MUERZA ESPARZA, J.; ARMENTA DEU, T. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. coord.), V. I, Navarra, 2001; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Comentario al artículo 408. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.; VEGAS TORRES, J. y BANACLOCHE PALAO, J.), Madrid, 2001.

(26) V. artículo 222.2 LEC. Sobre este artículo, V. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentario al artículo 222*, en “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil” (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.; BANACLOCHE PALAO, J.), Madrid, 2001.

(27) V. Exposición de Motivos, VIII, párrafo 3º.

408 LEC, la especificidad procesal se refiere a la facultad del actor de solicitar al Secretario judicial contestar a la alegación de nulidad presentada por el demandado, así como al efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelva este “punto”⁽²⁸⁾, por lo que presupone que el demandado ha introducido dicha alegación lo que se aparta del objeto de nuestro estudio que es la apreciación *de oficio* de la nulidad.

Examinada la regulación procesal contenida en la LEC debemos, por último, analizar los preceptos procesales del Código Civil relativos a la “nulidad de los contratos” puesto que los mismos no han sido expresamente contemplados en la Disposición Derogatoria Única ni en las Disposiciones Finales de la Ley procesal de 2000 por lo que no han sido objeto de derogación ni de modificación alguna, salvo si incurrían en contradicción o incompatibilidad con sus normas⁽²⁹⁾, lo que, en principio, no acontece.

Como conclusión de lo expuesto, procede afirmar que las cuestiones procesales de la nulidad contractual tales como la legitimación de la acción de nulidad, las facultades del juez sobre el objeto del proceso, la alegación y prueba de la nulidad, la congruencia de la sentencia o el efecto de cosa juzgada (con la salvedad señalada) se resuelven aplicando la normativa procesal común y los principios procesales generales puesto que no han sido objeto de otro tratamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni en normas complementarias.

Esta conclusión deriva de la vigencia del principio de legalidad procesal⁽³⁰⁾ y de la configuración de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁽³¹⁾ como un auténtico Código procesal común concordado con la legislación sustantiva civil y mercantil. La LEC deroga expresamente algunos preceptos procesales contenidos en leyes sustantivas —prescindiendo del expediente de la simple cláusula derogatoria general⁽³²⁾— y los preceptos que permanecen en vigor, o bien, ven modificada su redacción para establecer la máxima coherencia con la nueva sistemática legal, o bien, se insertan en la normativa procesal general como especialidades en razón de la situación jurídica sustantiva protegida. Ya hemos indicado que ninguna de las dos situaciones se da en la regulación relativa a la nulidad de los contratos⁽³³⁾.

(28) En expresión de la LEC (V. arts. 408.3 y 222.2).

(29) V. Disposición Derogatoria Única 3.

(30) Artículo 1 LEC.

(31) BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

(32) Exposición de Motivos, XX, párrafo 4º.

(33) V. artículo 216 LEC.

Ciertamente “el principio de legalidad procesal (art. 1 LEC) y el carácter público e indisponible de estas normas difícilmente se compadece con su aplicación analógica a un supuesto distinto del previsto (AAP Valladolid, Sección 3ª, de 28 de junio de 2002). Precisamente porque las normas procesales son de *ius cogens* quedan sustraídas al poder de disposición de las partes (STS de 2 de noviembre de 1994), siendo su recta aplicación deber del juez (STC 202/1988 de 31 de octubre). Es doctrina reiterada del TC que la legalidad procesal debe ser interpretada en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 CE. Rige el principio *pro actione*, de favorecimiento de la defensa de los derechos e intereses cuya tutela se reclama, sin denegar dicha protección por una aplicación desproporcionada de las normas procesales (STC 5/1988), debiendo interpretar y aplicar los presupuestos, los requisitos y las reglas procesales de acceso a la justicia de modo que cumplan mejor su finalidad (SSTC 15/1990 y 114/1998)⁽³⁴⁾.

Hemos comenzado este epígrafe diciendo que el conocimiento del tipo de proceso en el que se debate la nulidad contractual podía ayudarnos a comprender mejor la apreciación de oficio por ser el marco procesal en el que se desarrolla y, sin embargo, acabamos de concluir que nuestro sistema no admite especialidad procesal alguna, tampoco la relativa a la apreciación de oficio, en el tipo de proceso que resuelve sobre la misma por lo que estamos ante una institución que contradice abiertamente el principio de legalidad procesal⁽³⁵⁾.

La atipicidad de este supuesto nos lleva, en primer lugar, a preguntarnos por el origen y los motivos que justifican la presencia de esta institución en nuestro sistema y, en segundo lugar, a realizar un estudio de la jurisprudencia con el fin de conocer su régimen procesal.

4. LA TESIS BIPARTITA DE LA NULIDAD CONTRACTUAL

5. La doctrina civilista elaboró una tesis teórica aplicable a la nulidad contractual⁽³⁶⁾, denominada *teoría bipartita (o dualista de la nu-*

(34) FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 67.

(35) Al respecto, señala DE PADURA BALLESTEROS “que cuando el Juez aprecia de oficio hechos fundamentales (impeditivos o extintivos), vulnera el principio de aportación de parte (...) ninguna de las tesis formuladas por la doctrina para justificar la apreciación de oficio tienen un fundamento jurídico-positivo, es más, nos atrevemos a decir que son *contra legem*” (DE PADURA BALLESTEROS, M^a. T. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, 1998, p. 107).

(36) Sobre el origen histórico de la nulidad, V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1ª, op. y loc. cit., ps. 18 y ss.

lidad), a través de la que enumeró las características propias del régimen jurídico de la nulidad contractual distinguiéndolas de las propias de la anulabilidad.

Conforme a esta tesis, en el sistema jurídico español, la nulidad contractual tiene un régimen jurídico bien determinado y con unas características propias muy diferentes, e incluso opuestas, a las de la anulabilidad contractual. Cada uno de los regímenes jurídicos constituye un bloque hermético e incomunicado con el régimen opuesto y los elementos constitutivos de cada uno de ellos están implicados entre sí de tal manera que son inescindibles, en el sentido de que no es posible aplicar unos y prescindir de los otros; en consecuencia, el régimen jurídico de la nulidad, tanto como el de la anulabilidad, está perfectamente identificado y es de aplicación completa.

El régimen jurídico de la nulidad estaría compuesto por los siguientes elementos: a) cualquier interesado puede invocarla o hacerla valer en su favor, es decir, no hay restricciones a la legitimación sino que la misma es absoluta; b) es apreciable de oficio por el juez; c) no prescribe la acción correspondiente; d) y no es susceptible de confirmación o convalidación; e) la sentencia que se pronuncie sobre la nulidad será meramente declarativa en caso de que estime la pretensión ya que la nulidad opera *ipso iure*, por efecto de la norma, y su única función es desvanecer la posible apariencia de regularidad del contrato, o la de destruir los efectos que indebidamente se hubieran derivado del contrato nulo⁽³⁷⁾.

Por el contrario, el régimen jurídico de la anulabilidad estaría constituido por los siguientes elementos: a) sólo puede ser invocada o pedida por una parte especialmente designada por el legislador en la norma que establece la anulabilidad, por tratarse de una legitimación restringida; b) tiene un plazo de ejercicio de cuatro años; c) es susceptible de confirmación expresa o tácita por aquella persona a la que se le atribuye la acción de anulabilidad; d) la sentencia que se pronuncia sobre la anulabilidad del contrato tiene un carácter constitutivo pues mientras que la nulidad no se declare judicialmente el contrato será considerado válido y eficaz, si bien con una eficacia claudicante en tanto no transcurra el plazo de ejercicio de la acción, o no sea confirmado expresa o tácitamente⁽³⁸⁾.

(37) PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13. V. también DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., ps. 40/41.

(38) PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13.

La jurisprudencia ha defendido esta tesis y de ello es exponente, entre otras, la sentencia de 14 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1475) al afirmar que “es doctrina, tanto jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad absoluta (...) de la denominada nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y sólo puede ser ejercitada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar que los Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos”.

Conforme a esta tesis, en su interpretación clásica⁽³⁹⁾, si el intérprete entiende que el contrato es anulable lo procedente será que aplique, entre otros elementos característicos, la legitimación restringida, el plazo de cuatro años de la acción, la posibilidad de convalidación y la necesidad de introducir la discusión de la misma en el proceso por la parte ya que no cabe la apreciación de oficio. Por el contrario, si el intérprete considera que concurre en el contrato es nulo, el régimen a aplicar será radicalmente distinto ya que, con carácter general, no será necesaria la declaración judicial y, en caso de que la misma sea conveniente para destruir la apariencia creada por el contrato inválido, la legitimación será absoluta y la acción imprescriptible⁽⁴⁰⁾.

Es importante resaltar que la doctrina civilista no dedujo estas características propias de la nulidad ni del Código Civil de 1889, ni de la LEC 1881, sino que las mismas fueron elaboradas fundamentándose en razones lógicas⁽⁴¹⁾.

(39) “En la doctrina francesa ha señalado Ghestin que si la clasificación bipartita de las nulidades merece ser mantenida, es a condición de no reconocerle el alcance absoluto que se le daba en la teoría clásica” (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 24).

(40) Señala DELGADO ECHEVERRÍA que contra este vicio conceptualista puso en guardia DE CASTRO al defender que cuando el legislador determina sólo algunos extremos, ello no justifica, por sí, la adscripción del supuesto a la categoría típica que muestra esta característica, para atribuir, entonces, todas las demás que el legislador no ha mencionado (V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 23).

(41) La “nulidad de pleno derecho” es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal, con fundamento, desde 1974, en el art. 6-3 CC (antes, art. 4 CC). El Tribunal Supremo ha consolidado unas máximas en que distingue distintos tipos de inva-

En este sentido afirma la STS 1 diciembre 1971 (R.5073) que “el propio texto del Código Civil, en el capítulo 6 del título 2º del libro 4º, bajo el epígrafe “De la nulidad de los contratos”, se ocupa de las dos especies de nulidad (la absoluta y la relativa) como lo prueba el que el artículo 1305 hable de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, o sea que el Código no las diferencia ni las distingue, claramente, por sus causas y efectos, *habiendo sido la opinión científica y la jurisprudencia de los Tribunales, las que, verdaderamente, han establecido la distinción entre ellas*”.

6. La doctrina procesalista, por su parte, apenas se hizo eco de estas tesis procesales defendidas por la teoría bipartita y, en consecuencia, ha defendido sus propias posiciones elaboradas en sede procesal y acordes con los principios del Derecho Procesal español⁽⁴²⁾.

En relación al tema objeto de nuestro estudio, la doctrina procesal ha admitido⁽⁴³⁾ tradicionalmente la apreciación de oficio de la *excep-*

lidez; distingue también la invalidez de la ineficacia (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1ª, op. y loc. cit., p. 27).

(42) Sobre la nulidad contractual desde la perspectiva procesal, V. entre otros, SEOANE SPIEGELBERG, J. L. “Tratamiento Jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal”. En: *Revista Aranzadi Civil*, nº19, 2005; CASTILLEJO MANZANARES, R. “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 2004 (PROV 2004, 220811) “Improcedencia de la nulidad de la escritura pública de compraventa. Incongruencia “extra petitum”: alteración de la causa de pedir”. En: *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 674, 2005.

(43) FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma que “las excepciones impropias se limitan a poner de relieve que la acción que el demandante ejercita no existe en realidad, porque nunca existió (...) v. gr. si el contrato adolecía de algún vicio de nulidad, la acción no nació. Las excepciones impropias, pueden y deben, en buena teoría, ser apreciadas *de oficio*, si se desprenden de los hechos aportados al proceso; la razón es sencilla: el juez no puede, en ningún caso, otorgar tutelas infundadas” (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal*, II, [con DE LA OLIVA SANTOS, A.], ob. cit., p. 88); CORDÓN MORENO distingue entre las excepciones propias en sentido amplio y las excepciones impropias (o meras defensas), y afirma que las primeras “serían aquellas que, no obstante estar fundadas en hechos impeditivos o extintivos, el ordenamiento jurídico sólo les atribuye eficacia si son alegadas por el demandado (por ejemplo, la falta de capacidad para contratar, el pago, la transacción, etc.)” y las segundas “son aquellas que, estando fundadas siempre en un hecho impeditivo o extintivo, pueden ser apreciadas de oficio por el Juez. Como fácilmente se puede comprender, el problema radica en determinar qué hechos impeditivos fundan excepciones propias y cuáles son los que fundamentan excepciones impropias o meras defensas. Pero este es un problema a resolver en cada caso concreto, teniendo en cuenta, fundamentalmente, si el hecho en cuestión afecta o no al orden público” (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal. Proceso civil de declaración*, T. II, Alcalá de Henares, 2008, p. 19).

ción de nulidad contractual⁽⁴⁴⁾ —y la consecuente desestimación de la demanda y absolución del demandado sin declaración de nulidad⁽⁴⁵⁾— pero no ha considerado la apreciación de oficio de la *pretensión (o acción)* de nulidad contractual y la consiguiente declaración de nulidad sin petición de parte legítima.

La diferencia entre ambas cuestiones es de gran importancia teórica y práctica —y tiene distintas consecuencias jurídico-procesales⁽⁴⁶⁾

(44) En contra de la apreciación de oficio, desde la legislación procesal, se ha postulado DE LA OLIVA SANTOS al afirmar que “(...) bien mirado no hay ningún precepto en el ordenamiento procesal que autorice al tribunal a apreciar de oficio excepciones materiales. Si ciertas *excepciones materiales* pueden estimarse apreciables de oficio, la razón no debe buscarse en que estén basadas en un tipo de hecho o en otro, sino que debe buscarse, en su caso, en la importancia que el ordenamiento jurídico sustantivo les confiera, pudiendo llegar a considerarlas cuestiones de orden público” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, ob. cit., p. 268). V. también DE PADURA BALLESTEROS, M^a.T. *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita*, ob. cit., p. 107.

(45) GÓMEZ ORBANEJA afirma que “la sentencia puede *absolver* al demandado porque (...) otros hechos en virtud de una “contra-norma” hayan venido a impedir la producción del efecto de los primeros, o a destruirlo una vez producido. Así por ejemplo, el contrato fue simulado, o la causa fue ilícita o la deuda se pagó. La acción no existe entonces, y el juez no puede estimar la demanda, aunque no le haya pedido el demandado que la desestimara por ese motivo” (GÓMEZ ORBANEJA, E. *Derecho Procesal*, Madrid, 1949, ps. 253/254); CORDÓN MORENO afirma que “*las excepciones materiales*, que son alegaciones de hechos nuevos, fundadas en el Derecho sustantivo, que se oponen al fondo mismo de la pretensión de tutela jurídica ejercitada por el actor. Afectan, por tanto, a la relación jurídica material deducida en el proceso y su estimación por el tribunal determina la absolución del demandado en cuanto al fondo” (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal. Proceso civil de declaración*, T. II, ob. cit., p. 16) y TAPIA FERNÁNDEZ afirma que “sabido es también que, desde el punto de vista conceptual, el comportamiento en el proceso de estos diversos hechos (genéricamente llamados excepciones) que el demandado puede alegar *para verse absuelto de la demanda* es distinto según se trate de hechos extintivos o impeditivos, o de hechos excluyentes” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., p. 35).

(46) Sobre esta cuestión, bajo la LEC 1881, afirma CORDÓN MORENO que “la excepción, como medio de defensa que es, tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria de la pretensión del actor, por lo que no es necesario, para que la sentencia sea congruente, que contenga un pronunciamiento expreso sobre la misma; la reconvencción, por el contrario, supone el ejercicio de una verdadera acción del demandado frente al actor, por lo que el pronunciamiento sobre la misma producirá el eficacia de cosa juzgada y el requisito de la congruencia de la sentencia exige, por lo menos en principio, que el Juez se pronuncie sobre ella en la sentencia” (CORDÓN MORENO, F. *¿Cuál es el alcance de la reconvencción en nuestro ordenamiento? Proceso Civil de declaración*, Pamplona, 1996, p. 209).

—sobre todo, a efectos de la cosa juzgada en el régimen legal de la LEC 1881⁽⁴⁷⁾, como más tarde veremos.

En términos abstractos, ningún obstáculo técnico impediría que el Derecho Procesal español admitiera la *declaración de oficio* de la nulidad contractual siempre que, a juicio del legislador, nos encontráramos ante una materia en la que por estar implicado el orden público convendría otorgar al juez la facultad de iniciar de oficio el proceso. Ejercitada por el juez la acción de nulidad, el proceso continuaría, entre las partes legítimas, con la tramitación de la fase de alegaciones y la fase probatoria, para llegar a la fase de conclusiones en la que el juez decidirá sobre la nulidad contractual, estimándola o desestimándola.

La tesis bipartita, por su parte, tampoco se ha mostrado partidaria de introducir en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de oficio de la acción de nulidad contractual sino que lo que ha defendido, como expondremos, ha sido la facultad del juez de declarar la nulidad contractual de oficio sin necesidad de trámite contradictorio alguno en el que las partes pudieran presentar sus alegaciones y practicar la prueba propuesta.

De este modo la tesis bipartita entiende que la declaración de nulidad no precisa de actuación jurisdiccional alguna sino que puede ser apreciada por el juez de forma automática sin que ninguna de las partes la haya solicitado y sin que estén todas presentes en el proceso.

Desde la perspectiva procesalista resulta necesario analizar en qué supuestos la jurisprudencia ha admitido que las partes se vean privadas de la protección de las garantías procesales y del cumplimiento de los principios procesales básicos en el pronunciamiento judicial de la *acción* de nulidad, por lo que tras exponer los postulados de la tesis bipartita entraremos a analizar la jurisprudencia.

7. La *teoría bipartita de la nulidad* fue considerada, durante décadas, como la teoría más consolidada en nuestro sistema civil para explicar el régimen jurídico de la nulidad contractual⁽⁴⁸⁾, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, lo que contribuyó en gran parte

(47) Al respecto, afirma TAPIA FERNÁNDEZ que “es doctrina reiterada que los efectos de la cosa juzgada no alcanza a las excepciones, ya que ésta sólo cubre la declaración de existencia o inexistencia de la tutela jurídica pedida” (TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., p. 37). Sobre el efecto de la cosa juzgada en la LEC 2000, V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Navarra, 2005.

(48) V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 13.

a que la jurisprudencia asumiera sus postulados en numerosas resoluciones⁽⁴⁹⁾.

Sin embargo, desde hace unos años, ha surgido desde la doctrina civilista una postura crítica hacia esta tesis que está logrando poner de manifiesto las deficiencias de la misma⁽⁵⁰⁾ y que también está teniendo reflejo en la jurisprudencia más reciente, como veremos.

8. El principal postulado en el que se fundamenta la mencionada teoría es la *equiparación entre nulidad contractual e inexistencia del contrato*⁽⁵¹⁾ por la que se entiende que “el contrato nulo no existe ni ha existido jurídicamente y por lo tanto no hay necesidad de ninguna acción para destruir su apariencia, ni diligencias que hacer”⁽⁵²⁾.

La formulación de este postulado no nos interesa tanto en su vertiente teórica y sustantiva cuanto en su vertiente práctica y en su incidencia procesal; es decir, de qué modo y con qué alcance operó este postulado en la jurisprudencia española y en qué manera ha constituido la base para que, durante décadas, los instrumentos procesales contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hayan sido excluidos radicalmente, por innecesarios, en determinados supuestos de nulidad contractual⁽⁵³⁾.

Y esta cuestión encuentra respuesta en algunas sentencias de nuestro Alto Tribunal, ya lejanas en el tiempo, en las que se defendía

(49) Sobre esta cuestión, V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 43/84.

(50) Destacan los esfuerzos interpretativos de PASQUAU LIAÑO por encontrar un régimen flexible y que responda a criterios funcionales, V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit.

(51) En opinión de PASQUAU LIAÑO: “la concepción bipartita de las nulidades se basa en un postulado, un apriorismo dogmático que no aparece en los códigos civiles de la órbita napoleónica y que explica que, salvo las que dan lugar a la anulabilidad, todas las demás causas determinan un mismo régimen jurídico: este postulado es la equiparación entre nulidad e inexistencia” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 355).

(52) SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual* (trad. Mecía y Poley) Madrid 1878-1879, T. III, p. 345 (cita de PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 109).

(53) Afirma DELGADO ECHEVARRÍA al respecto que “(...) ahora bien, en el intermedio, se ha ido abriendo camino la doctrina que afirma como corolario de la “naturaleza” de la nulidad de pleno derecho su posible apreciación de oficio por los Tribunales, procedente según parece de la teorización de la escuela de la exégesis sobre la categoría de la “inexistencia” (y sin fundamento legal en el *Code*) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 104).

que la nulidad *absoluta* de los contratos opera *ipso iure* por lo que no requiere de declaración judicial alguna.

Al respecto, la STS 9 enero 1933 (R.1417) afirma que “no procede confundir la nulidad radical y la anulabilidad, construcciones jurídicas perfectamente netas y diferenciadas, porque la primera implica *inexistencia total de un acto sin efectos congruos de ninguna clase en el ámbito jurídico*, en tanto que la segunda supone la existencia anormal de ese acto, si bien se muestre gravado por deficiencias que pueden desnaturalizar su regular evolución, produciendo el aniquilamiento del mismo pero también capaces de hacerlo subsistir o revivir, acaso en condiciones dadas, como la de confirmación y ratificación posibles”.

La STS 30 septiembre 1959 (R.3652) defiende en el mismo sentido que “el contrato inexistente o nulo con nulidad absoluta *no produce efecto jurídico alguno*, por lo que mal pueden aplicársele preceptos como los artículos 1301 y siguientes del Código Civil, relativos a los contratos anulables (...) independientemente que como acto nulo que no produce ningún efecto, aunque en principio *no es preciso que se impugne ni que se declare judicialmente su nulidad*, al provocar una apariencia de realidad, es conveniente destruir esta apariencia y en tal sentido se reconoce la acción de nulidad o inexistencia (...), pudiendo impugnar el contrato nulo, mediante acción o excepción, cualquiera que tenga interés en ello”.

La STS 18 octubre 1960 (R.3224) se pronuncia de la misma forma al entender que los actos nulos de pleno derecho, “por serlos en su esencia, *son incapaces de producir efecto jurídico alguno*, que presuponga una viabilidad”.

La STS 1 diciembre 1971 (R.5451) se pronuncia en el mismo sentido afirmando que “existen profundas diferencias, en orden a sus causas y a sus efectos, entre la nulidad absoluta o de pleno derecho y la relativa o a instancia de parte, (...) y en cuanto a sus efectos, la absoluta es aquella en que se cumple el principio *quod nullum est, nullum producit effectum* y la relativa, en cambio, admite la posibilidad de confirmación”.

La STS 14 marzo 1983 (RJ 1983, 1475) recuerda que “es doctrina, tanto jurisprudencial como científica, comúnmente admitida, que entre los grados de invalidez de los contratos se distingue la inexistencia y la nulidad absoluta (...) y la nulidad relativa o anulabilidad, una de cuyas consecuencias es que en este segundo supuesto la acción de nulidad dura cuatro años y sólo puede ser ejercitada por los obligados

principal o subsidiariamente en virtud de ellos, según establecen los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, mientras que en los casos de inexistencia o nulidad absoluta o radical la acción es imprescriptible y puede ejercitarla cualquier tercero perjudicado por el contrato en cuestión; habiendo llegado esta Sala a declarar que los *Tribunales pueden y deben apreciar de oficio la ineficacia o inexistencia de los actos radicalmente nulos*”.

Y, la STS 13 febrero 1985 (RJ 1985, 810) entiende que “en la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho (...) la consecuencia ineludible es la del artículo 1275, a cuyo tenor, “los contratos sin causa... *no producen efecto alguno*”, estando, consiguientemente, al margen de posibilidad sanatoria y de todo plazo prescriptivo, justo por *ser la expresión del nada jurídico*, que siempre y en todo momento debe (poder) ser alegado”.

En consecuencia, desde el momento en el que se considera, bajo el punto de vista sustantivo, que la nulidad es una cualidad del contrato que impide *per se* su existencia, parece clara la conclusión de que el proceso civil no tiene apenas campo de actuación en la nulidad contractual; desde esta perspectiva, la defensa de la inexistencia del contrato nulo y la ausencia de producción de efectos jurídicos, harían totalmente innecesarias las actuaciones procesales porque éstas carecerían de objeto al proyectarse sobre la nada jurídica⁽⁵⁴⁾.

Ciertamente, conforme a la tesis bipartita la nulidad contractual no es susceptible de valoración judicial porque la misma opera por ministerio de la ley y radica en la propia esencia del contrato, por lo que la función judicial se limitaría a una mera constancia de la existencia de la causa de nulidad sin que tenga relevancia alguna, por innecesarias, ni las alegaciones o pruebas de las partes ni la actividad jurisdiccional del juez; ni siquiera estarían implicadas las exigencias del litisconsorcio pasivo necesario.

En consecuencia, esta tesis ha defendido que no sería precisa ni acción ni excepción puesto que la actividad procesal de las partes no tendría relevancia alguna; la sentencia que declarara la nulidad no incurriría en incongruencia ante la modificación de la causa de pedir, ni

(54) En contra de considerar que la apreciación de oficio es una característica del régimen procesal de la nulidad contractual y a favor de su excepcionalidad se pronuncia DELGADO ECHEVARRÍA y cita también a BELLO JANEIRO, CARRASCO PÉREZ y GORDILLO (V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 105).

produciría indefensión a pesar de no garantizar a las partes su derecho de audiencia ni de contradicción. Por tanto, la nulidad se impondría al juez y no exigiría ningún tipo de actividad procesal civil⁽⁵⁵⁾.

9. Las críticas que se han vertido sobre la tesis bipartita, desde posiciones civilistas⁽⁵⁶⁾, abarcan tanto sus aspectos sustantivos como los procesales⁽⁵⁷⁾: en relación a estos últimos, se ha puesto de manifiesto el

(55) Afirma DELGADO ECHEVARRÍA que (nulidad) “de pleno derecho” señalaría la innecesidad del ejercicio de una acción y de una resolución judicial. En cuanto a esto último, no está de más señalar que “de pleno derecho”, que parece traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni de que los Jueces lo declaren, pero ha significado o significa también en otros Ordenamientos que el Juez ha de declararla o decretarla siempre que concurran los supuestos de la hipótesis legal, frente a casos (‘nulidad facultativa’) en que el Juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (V. LARROUMET, Ch. 1990, 511 y nota 29; GHESTIN, J. 1988, 876) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 39). V. también PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 160.

(56) Desde el Derecho procesal, CASTILLEJO MANZANARES afirma, con carácter general, que “en otras palabras, según MONTERO (Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del Juez y la oralidad, Valencia, 2001, p. 80), lo que debe tenerse en cuenta en cualquier caso es que el principio *iura novit curia* no puede llegar a la negación del principio dispositivo, esto es, no puede conducir a entender que el juez puede condenar a lo no pedido por la parte, a más de lo pedido o a basarse en razones distintas de las aducidas por la parte, razones que pueden ser incluso jurídicas con referencia al título de pedir. El cambio de punto de vista jurídico si se entiende como indefensión de las partes, que no han pedido conocer ni alegar en torno al mismo, ha de provocar, como sucede en el proceso penal o en el contencioso administrativo (*Vid.* SALA SÁNCHEZ, P. *Derecho Procesal Administrativo*, [con GIMENO/MORENO] Madrid, 2001, pgs. 69 y ss.), que el Juez ponga el cambio de título jurídico en conocimiento de las partes, dando a éstas la oportunidad real de alegar sobre la misma. De otro modo el órgano jurisdiccional habría incurrido en incongruencia” (CASTILLEJO MANZANARES, R. “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona”, op. y loc. cit., ps. 3/4).

(57) La insatisfacción generalizada del modelo actual que da lugar a “soluciones francamente inadecuadas: así, como consecuencia del carácter *absoluto* de la nulidad, se admiten acciones de nulidad ejercitadas por quien causó la irregularidad determinante de la misma, no siendo la persona portadora de un interés protegido por la nulidad (p. ej., *SSTS 11 junio 1966, 5 octubre 1987, 24 septiembre 1991*); a causa del carácter *imprescriptible* de la nulidad, se admiten acciones inusitadamente extemporáneas, con clara merma de la seguridad jurídica y estabilidad de las situaciones de hecho generadas por el contrato irregular (p. ej., *SSTS 6 julio 1985 y 3 marzo 1995*); como consecuencia de la *apreciabilidad de oficio* de la nulidad, se ignoran las garantías básicas del proceso civil, con indefensión para terceros o para alguna de las partes litigantes (p. ej., *STS 31 diciembre 1979*); y por último, la

atentado contra las garantías procesales constitucionales que supone la apreciación de oficio de la nulidad contractual⁽⁵⁸⁾ porque no respeta el marco constitucional vigente en nuestro país y, en consecuencia, se debe proceder a la audiencia de las partes afectadas antes de pronunciarse sobre la nulidad contractual⁽⁵⁹⁾, máxime si consideramos que apreciación de oficio de los *presupuestos procesales* requiere audiencia previa de las partes⁽⁶⁰⁾; si embargo, también hay quien ha defendido que dichas garantías pueden ceder en atención a la trascendencia de los intereses en juego ya que no es admisible llevar tan lejos las garan-

insanabilidad que se predica de la nulidad de pleno derecho, determina la estimación de pretensiones abiertamente contradictorias con conductas o actos jurídicos previos de quien reclama la nulidad, contra el principio de la buena fe, quedando muy reducida la virtualidad de la doctrina de los actos propios en esta materia (p.ej. SSTS 16 febrero 1990 y 3 marzo 1995)" (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 353).

(58) La doctrina civilista ha criticado la apreciación de oficio de la nulidad contractual por entender que infringe principios procesales básicos: V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., p. 393; PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 256; y Díez-PICAZO quien afirma que "...Esta tesis choca hoy con el derecho fundamental establecido en el artículo 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" (DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, p. 433) aunque, como advierte DELGADO ECHEVERRÍA, esta afirmación de Díez-PICAZO ha desaparecido de la edición de 1996, Tomo I, donde el autor se limita a decir que "el Juez puede declarar de oficio la nulidad", "aunque nadie la haya instado" (pp.472 y 473) (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 116).

(59) PASQUAU LIAÑO critica la STS 31 de diciembre 1979 en la que se aprecia de oficio la nulidad, "claro supuesto de indefensión, por cuanto, al tratarse de una ilicitud no manifiesta (pues era precisa una valoración judicial sobre su carácter colusorio), todas las partes contratantes hubieran debido ser oídas antes de declararse la nulidad del contrato" y también discrepa de la STS de 30 de septiembre de 1959 porque entiende, en contra del criterio el Tribunal Supremo que "la torpeza de la causa no resulta evidente o manifiesta, y seguramente su apreciación hubiera exigido (...) la acción de nulidad" (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 272 y p. 263, respectivamente).

(60) A juicio de DELGADO ECHEVERRÍA "...si el Juez no puede declarar ni siquiera la nulidad de actos procesales, en ningún caso, sin dar ocasión a las partes para alegar lo que crean conveniente, mucho menos podrá, sin aquella audiencia, declarar nulo un contrato cuya invalidez ningún legitimado ha pedido" (DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., p. 397).

tías procesales cuando pueden poner en cuestión los derechos sustantivos protegidos⁽⁶¹⁾.

La tesis bipartita también ha sido duramente criticada por la inseguridad jurídica⁽⁶²⁾ que produce su aplicación en la práctica forense debido al amplio margen de actuación que la misma concede a los tribunales para confeccionar al caso concreto los resultados que se buscan⁽⁶³⁾, bastando con cambiar la calificación de contrato nulo en contrato anulable⁽⁶⁴⁾, y viceversa, para de este modo conseguir apartarse del rigor o de la suavidad del régimen que a la causa le correspondería de haber mantenido la calificación originaria⁽⁶⁵⁾. La dificultad para es-

(61) Afirma EGUSQUIZA BALMASEDA que “no se puede postular un maximalismo tal, en la defensa de las garantías procesales, sobre todo en el ámbito civil, que se termine negando la realidad sustantiva a la que, en teoría, encauza el procedimiento y sus normas” (EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a. A. “Cuestiones conflictivas”, ob. cit., p. 29).

(62) Afirma PASQUAU LIAÑO que en algunos casos, en que debido a sus peculiaridades, se resisten a encajar en el cuadro al que debe asignarse en función de los criterios de clasificación entre ambos tipos de ineficacia, el Tribunal Supremo fuerza dicha calificación (calificando como anulable lo que de ordinario considera nulo, o viceversa), con objeto de encontrar la regla adecuada” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 349/350).

(63) “Es precisamente evitar la aplicación en bloque del régimen jurídico de la nulidad de pleno derecho la única razón por la que se justifica la calificación del contrato como anulable en casos extraordinariamente dudosos, como el error obscurativo, la falta de autorización judicial en los supuestos de artículo 166, la incapacidad natural, etc. Se busca un régimen que limite la legitimación, privándose de ella a quien contrató con conocimiento de la causa de nulidad; o un régimen que abra la posibilidad de convalidación, o que permita entender prescrita un acción extemporánea y abusivamente ejercitada. Se utiliza, en definitiva, la anulabilidad como vía para huir de la nulidad, como una “no nulidad” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 95).

(64) “Privilegiadamente ilustrativas son las SSTs de 3 de marzo 1964 y 11 de octubre de 1964, tan cercanas en el tiempo y que, ante cuestiones similares, ofrecen soluciones opuestas precisamente por un diferente calificación del tipo de nulidad (...) el Tribunal Supremo es fiel hasta la exageración a su propia doctrina en este aspecto. Una y otra vez el alcance de la legitimación, la eficacia sanatoria de actos confirmatorios, la viabilidad de la prescripción alegada, o la posibilidad de apreciación de la nulidad sin una petición expresa, se resuelven mediante el tiro por elevación de preguntarse primero por el tipo de nulidad, ignorando cualquier otra consideración...” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 79).

(65) “...por lo general cualquier reducción de estos drásticos atributos de la ineficacia contractual pasa por la previa calificación del contrato como anulable y no nulo, bien para negar al demandante la legitimación para pedirla, bien para entender transcurrido el tiempo hábil para hacer valer la ineficacia, bien para salvar la situación de hecho creada por el contrato viciado, por virtud de algún acto o conducta posterior convalidante” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 84).

tablecer las causas por las que procede la apreciación de oficio, ante la falta de criterios uniformes doctrinales⁽⁶⁶⁾ y jurisprudenciales⁽⁶⁷⁾, agudiza esta inseguridad jurídica.

Otro de los aspectos criticados de dicha tesis es la excesiva rigidez con la que aplica a todos los tipos de nulidad el mismo régimen jurídico, a pesar de que, se dice, cada causa de nulidad proteja intereses de distinta naturaleza que requieren un tratamiento diferenciado⁽⁶⁸⁾; la adecuada protección de los intereses que están en juego en cada tipo de nulidad aconseja la adopción de soluciones flexibles adaptadas a las características propias de cada causa de nulidad (y anulabilidad)⁽⁶⁹⁾.

(66) La doctrina no sólo discrepa en los supuestos de nulidad y de anulabilidad sino que ni siquiera están de acuerdo sobre la existencia y alcance de la invalidez y la ineficacia ni sobre si la nulidad es un tipo de invalidez o de ineficacia. Sobre esta cuestión en el anteproyecto de Código europeo, V. PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.

(67) Por el contrario, en esta materia, “una vez más el Tribunal Supremo se encuentra desasistido de una teoría general, coherente, suficiente y flexible, desde la que construir sus razonamientos (...). El Tribunal Supremo introduce excepciones y matizaciones a la doctrina bipartita según las peculiaridades y exigencias del caso concreto que se juzga, y no desde un planteamiento coherente; esto produce finalmente un desorden, un desajuste; encontramos una buena cantidad de sentencias que se limitan a recordar que la nulidad o inexistencia operan *ipso iure* y que por tanto no es precisa alegación o invocación formal de la misma en el proceso para que el juez la pronuncie o la tome en consideración, y otro significativo número de sentencias en las que se afirma que si ello es así con carácter general, en ocasiones, sí resultará preciso el sometimiento a las exigencias formales del proceso civil” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 258-259).

(68) V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., ps. 9 y p. 24. Afirma PASQUAU que “la labor de los jueces ha quedado francamente facilitada (...) se antepone la lógica de un régimen construido desde la deslumbrante metáfora de la inexistencia, del no ser en Derecho, a cualquier consideración proveniente de otros ámbitos: el interés protegido por la norma, la seguridad del tráfico, la necesidad de actuación de los derechos, las garantías procesales, la exigencia de la buena fe, etc.” (...) “Si abandonamos las metáforas desde las que se explica la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, se puede concluir sin serias dificultades que en muchos casos la nulidad de pleno derecho requiere absolutamente un pronunciamiento judicial” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 61).

(69) “¿Cómo es posible que se despachen indistintamente problemas de tan distinta naturaleza como la insuficiencia de representación, los pactos ilegales o cláusulas abusivas, la simulación, la incapacidad natural, la venta de cosa ajena, la causa inmoral o la indeterminación el objeto? Es evidente que esta uniformización o simplificación de los razonamientos proyectada sobre casos tan distintos ocasiona un empobrecimiento que hurta la reflexión doctrinal y el progreso jurisprudencial” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 37); V. también CARRASCO PERERA, A. *Comentario al artículo 6º-3 del Código Civil. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. 1 (dir. M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART), Ma-

Esta flexibilización permitiría la articulación de un régimen procesal confeccionado *ad hoc* para cada tipo de nulidad⁽⁷⁰⁾.

Y por último, pero no menos importante, la doctrina también ha criticado que la tesis bipartita se haya construido sobre una premisa filosófica-dogmática⁽⁷¹⁾, y no jurídica, por la que se defiende que el contrato nulo no existe cuando la realidad jurídica, y la realidad de nuestra práctica forense, nos indica exactamente lo contrario, que el contrato nulo existe⁽⁷²⁾.

10. Por su parte, la jurisprudencia ha mitigado las drásticas consecuencias que la aplicación de la teoría bipartita podría tener sobre la apreciación de oficio en el caso de que esta facultad se admitiera para todo contrato viciado de nulidad⁽⁷³⁾. En efecto, como veremos a continuación, la jurisprudencia no ha admitido la apreciación de oficio con un carácter general sino que entiende que esta apreciación es una facultad excepcional de los tribunales y que sólo es admisible en reducidos casos⁽⁷⁴⁾.

drid, 1992, p. 800; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003.

(70) La dificultad inherente a esta pretensión la expone con claridad PARRA LUCÁN al afirmar que “en Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes” (PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.).

(71) PASQUAU LIAÑO se decanta por un punto de vista *fenomenológico* (V. PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 164).

(72) En palabras de PASQUAU LIAÑO “la existencia del contrato es presupuesto de la nulidad. El juicio de nulidad recae sobre un contrato que, tal y como se presenta, puede ser considerado como tal” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., p. 357).

(73) Como afirma DELGADO ECHEVARRÍA; “la S. de 29 marzo 1932 estableció la posibilidad de declarar de oficio la nulidad en determinados supuestos. Su doctrina se ha generalizado luego, en pronunciamientos judiciales y en la doctrina de los autores, mucho más allá de aquellos supuestos y como si fuera consecuencia lógica ineludible del propio concepto de nulidad. Consideramos un error esta generalización (que hoy puede llevar a indefensión contraria a las garantías constitucionales), y mostramos cómo el Tribunal Supremo ha rectificado esta doctrina (con sus habituales contradicciones) a partir de los años ochenta” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 92).

(74) Afirma DE CASTRO que “es obvio que esta doctrina (de la apreciación de oficio de la nulidad) se establece para aquellos casos graves y extremos en que la conciencia y el sentido del deber del juzgador se resiste, con fundamento, a sancionar un resultado francamente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso”

De este modo, a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales recogidos con anterioridad —en los que se defiende la inexistencia del contrato nulo y de sus efectos—, la realidad es que, la jurisprudencia al elaborar sus decisiones tiene en cuenta la existencia del mismo y la necesidad de poner fin a la apariencia creada; pero no sólo esto, sino que además la jurisprudencia no ha procedido a admitir, en todos los casos planteados, la *declaración automática* de la nulidad contractual⁽⁷⁵⁾ sino que, por el contrario, ha entendido que, con carácter general, los tribunales deben proceder respetando las garantías procesales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y se deben pronunciar sobre la nulidad contractual en el marco de un proceso declarativo celebrado con la debida contradicción entre las partes afectadas.

En consecuencia, la jurisprudencia⁽⁷⁶⁾ ha defendido como regla general, que la nulidad contractual entra en el ámbito de la justicia rogada y, por tanto, debe dejarse a la iniciativa e interés de las partes⁽⁷⁷⁾, por lo que el tribunal deberá pronunciarse sobre su concurrencia en la medida en que las partes introduzcan en el proceso la petición de su discusión garantizando, de este modo, el derecho de defensa y la congruencia de la sentencia⁽⁷⁸⁾.

(DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 477) V. DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., ps. 391/397 con abundante cita de jurisprudencia.

(75) En palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, “En los primeros años de vigencia del Código el Tribunal Supremo insistió repetidamente en que cuando la resolución de un litigio se hace depender de la nulidad de un acto u obligación debe solicitarse que éste se declare previa, expresa y directamente (SSTS de 7 y 18 abril 1892, 19 de febrero 1894, 31 enero 1896, 11 junio 1897), de modo que no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad del contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla (STS 18 enero 1904). Doctrina que, aunque algo más atenuada con el paso del tiempo, se recordaba en fechas más próximas (SSTS 23 junio 1966, 4 noviembre 1969, 2 junio 1970, 3 octubre 1979) y que corresponde realmente a los principios de justicia rogada y congruencia que presiden el proceso civil” (DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios. Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, op. y loc. cit., p. 391-392).

(76) Según la STS 31 diciembre 1979 (R.4499) “el Tribunal Supremo afirma reiteradamente que la doctrina legal, formada a partir de la Sentencia de 29 de marzo de 1932 (R.976), con las de 15 enero 1949 (R.7), que invoca a su vez la Sentencia de 1 junio 1944 (R.807), y 22 marzo 1963 (R.2119), tiene declarado que, si bien en principio y acatando lo dispuesto en el artículo 359 de la LEC (1881) para que pueda decretarse la nulidad debe ser solicitada en forma por la parte que la pretenda y a quien sus efectos perjudiquen...”

(77) V., entre otras, STS de 24 de abril 1997 (R.3398).

(78) V. SSTS 7 julio 1986, 9 enero 1992 (R.175), 9 noviembre 1993 (R.8975), 10 febrero 1994 (R.848), 6 marzo 1995 (R.1781), 20 junio 1996 (R.5105) y 24 abril 1997

Esta defensa jurisprudencial de la vigencia del principio dispositivo y de la efectividad de las garantías procesales en los procesos civiles ordinarios nos parece el único camino para construir un régimen procesal de la nulidad contractual, que pueda sustituir al postulado por la tesis bipartita, y que se caracterice por su coherencia con el sistema procesal español.

Por esta razón entendemos que la jurisprudencia está situando el análisis de la apreciación de oficio de la nulidad contractual en el marco normativo adecuado, que es el marco procesal común (la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Este modo de proceder de la jurisprudencia muestra la preferencia de nuestro Alto Tribunal por los principios clásicos del proceso civil y sus manifestaciones normativas, frente a los postulados teórico-procesales de cuño civilista. Y a la vez esta preferencia nos habla de la conveniencia de interpretar el régimen procesal de la nulidad contractual a la luz de estos principios clásicos y dentro del marco normativo procesal común, dejando de lado la pretensión doctrinal civil de estructurar un régimen procesal *ad hoc* para la nulidad contractual al margen de la LEC y justificado en preceptos del Código Civil.

11. Este modo de proceder de la jurisprudencia explica que las cuestiones procesales estén siendo satisfactoriamente resueltas, en sede de principios y normativa procesal, y que se esté abandonando el recurso tan utilizado por la doctrina civilista⁽⁷⁹⁾ de extraer consecuencias procesales de preceptos sustantivos civiles.

(R.3398) en las que se alude a supuestos en los que el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad del contrato fuera de los supuestos admitidos y de este modo, causó indefensión al recurrente y llevó a cabo en la sentencia una alteración decidida de la causa de pedir.

(79) En este contexto es donde podrían encontrar explicación las siguientes afirmaciones de PASQUAU LIAÑO: “en nuestro sistema no cabe transformar todas las nulidades de pleno derecho en impugnables (como anulabilidad) (...) Nuestro artículo 6.3 CC obliga a defender la existencia, a ciertos efectos, como mínimo procesales, de la nulidad producida automáticamente por ministerio de la ley, sin la intermediación de una decisión del o de los interesados, en hacerla valer. Obliga por tanto, a reconocer un aspecto objetivo de la nulidad, independiente de la voluntad” (...) “La necesidad de procesos depende no del tipo de nulidad sino en función de si la determinación de la causa requiere una valoración que sólo puede hacerse judicialmente (...) Así, existen causas consideradas comúnmente como de nulidad radical que requieren dicha valoración (por ejemplo, la simulación, la usura, la ilicitud de la causa) y otras que no la requieren (los defectos de forma solemne ofrecen el ejemplo más fácil); igualmente, hay causas de anulabilidad que comportan dicha necesidad de valoración judicial (vicios del consentimiento), y otras que pueden

En este contexto interpretativo, quizá pase a la historia la pretensión civilista de eliminar los cauces procesales legales porque la nulidad opera *por ministerio de la ley* —y por consiguiente la nulidad se aprecia de oficio— ya que la misma es totalmente ajena a la naturaleza propia de las actuaciones procesales y al marco normativo procesal: en efecto, pretender que conforme al artículo 6º del Código Civil la nulidad no esté amparada por la tutela judicial efectiva sino por una declaración judicial automática; y además que la nulidad contractual, como objeto del proceso civil, no precise de enjuiciamiento sino de automaticidad, es cuando menos una pretensión descontextualizada⁽⁸⁰⁾.

12. Ciertamente, el deficiente estado en el que se encontraba la legislación procesal hasta la entrada en vigor de la LEC 2000, facilitó esta forma de proceder de la doctrina civilista⁽⁸¹⁾ ya que el Derecho Procesal más bien parecía un conjunto de *especialidades* procedimentales reguladas *ad hoc* en las leyes sustantivas⁽⁸²⁾ y, desde esta percepción

inmediatamente constatarse sin previo juicio (minoría de edad, falta de consentimiento del cónyuge)” (PASQUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad*, ob. cit., ps. 33 y ps. 357/358, respectivamente).

(80) Nos parece interesante traer de nuevo a colación las palabras de DELGADO ECHEVARRÍA; “(nulidad) “de pleno derecho” señalaría la innecesariedad del ejercicio de una acción y de una resolución judicial. En cuanto a esto último, no está de más señalar que “de pleno derecho”, que parece traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni de que los Jueces lo declaren, pero ha significado o significa también en otros Ordenamientos que el Juez ha de declararla o decretarla siempre que concurran los supuestos de la hipótesis legal, frente a casos (‘nulidad facultativa’) en que el Juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (V. LARROUMET, Ch. 1990, 511 y nota 29; GHESTIN, J. 1988, 876) (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 1^a, op. y loc. cit., p. 39).

(81) En los siglos XIX y XX los aspectos *procesales* civiles fueron regulados en normas sustantivas como consecuencia de la huida de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 por su deficiente calidad técnica y su falta de sistemática. Esto produjo una legislación procesal dispersa y desvinculada de la legislación procesal común; al respecto afirma MONTERO AROCA que “la huida más importante (...) se hizo a base de regular un número extraordinario de procesos especiales produciéndose una verdadera proliferación procedimental (...) El caso más claro de sinceridad legislativa fue el de la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, en la que se reguló un proceso especial para la impugnación de los acuerdos de la junta general” (MONTERO AROCA, J. *Derecho Jurisdiccional* [con GÓMEZ COLOMER, J. L. MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.], II, Valencia, 2009, p. 25).

(82) V. Las críticas doctrinales a la legislación procesal española anterior a la LEC 2000 pueden verse, entre otros, en MONTERO AROCA, J. *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982; FAIRÉN GUILLÉN, V. *La sis-*

externa, se comprende el empeño de la doctrina civilista por encontrar el régimen procesal *ad hoc* de la nulidad y de la anulabilidad contractual en el Código Civil.

La simple enumeración de las normas *sustantivas* en las que, desde la entrada en vigor de la LEC 1881, se han insertado preceptos procesales relativos a la nulidad refleja el elevado grado de dispersión normativa que caracteriza su regulación procesal.

Al respecto podemos señalar las siguientes leyes sustantivas: *a)* Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura, en sus artículos 2 (apreciación judicial), 8 (condena en costas anexa a la declaración de nulidad), 12 (competencia objetiva y funcional; procedimiento adecuado) y 13 (suspensión del juicio ejecutivo); *b)* Ley de 16 de diciembre 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, en el artículo 84, 1ª, 1º (contenido de la demanda); *c)* Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, en su artículo 43, primer párrafo (comprobación judicial); *d)* Decreto 8 febrero 1946. Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, artículo 131, 2ª, I (contenido de la demanda); *e)* Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, en su artículo 67, párrafo 2º, 1ª (excepción de nulidad); *f)* Ley 28/1998, de 13 de julio, Regulación de venta a plazos de bienes muebles, artículo 16, 2; *d)*, 2ª (excepción de nulidad); *g)* Ley 27/1999, de 16 de julio, Cooperativas, artículo 31 (régimen de impugnación de acuerdos de la Asamblea General); *h)* Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, artículos 115 a 122 (régimen de impugnación de acuerdos sociales); *i)* Ley 7/1998, de 13 de abril, Condiciones Generales de la Contratación, en los artículos 9 (régimen aplicable a la acción de nulidad y efecto de la sentencia estimatorio) y 10 (efectos); *j)* Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, artículos 47 a 50 (régimen de la acción de nulidad y efectos de la sentencia) y 56 (legitimación); *k)* Ley 11/1986, de 20 de marzo, Patentes de invención y modelos de utilidad, en los artículos 112 (declaración de nulidad) 113 (legitimación activa y pasiva; efecto de cosa juzgada de la sentencia; plazo de caducidad de la acción de nulidad), 114 (efectos de la sentencia estimatoria) y 126 (tratamiento procesal de la alegación de nulidad); *l)* Ley 49/1960, de 21 de julio, Propiedad Horizontal, modificada

tematización de los procedimientos declarativos españoles. Temas del Ordenamiento Procesal, Madrid, 1969, II, ps. 747 y ss.; MONTÓN REDONDO, A. *Procedimientos civiles especiales*, Salamanca, 1982; GONZÁLEZ GARCÍA, J. Mª. *La proliferación de procesos civiles*, Madrid, 1996; ROBLES ACERA, A. *Los procesos declarativos especiales* (con MARTÍN CONTRERAS, L.), Valencia, 1997.

por la ley 8/1999, de 6 de abril, en el artículo 18 se establece la impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios (legitimación, plazo de caducidad y suspensión de la ejecución del acuerdo); *m*) *Real Decreto 24 de julio de 1889, Código Civil*, artículos 1300 a 1314 sobre la acción de nulidad de contratos (plazo de caducidad, legitimación, efectos de la sentencia); *n*) *Ley 30/1981, de 7 de julio. Modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, en la Disposición Adicional Tercera (competencia objetiva y territorial) y Quinta (procedimiento); *ñ*) *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje* en el artículo 46 establece el recurso de anulación por nulidad del convenio arbitral; *o*) *Real Decreto 22 de agosto de 1885, Código de Comercio*, artículos 50 y 53.

Afortunadamente, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero⁽⁸³⁾ ha puesto fin a esta caótica situación de nuestra legislación procesal al constituir un verdadero Código común de la legislación procesal civil española⁽⁸⁴⁾, elaborado a la luz de sólidas aportaciones jurídicas de carácter científico y forense, en el que se regulan, con orden y precisión, todas las materias procesales comunes y se insertan, con coherencia y armonía, referencias a los preceptos procesales regulados en leyes separadas⁽⁸⁵⁾.

(83) V. CORDÓN MORENO, F. MUERZA ESPARZA, J. J. ARMENTA DEU, T. , TAPIA FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, 2001.

(84) Sobre el efecto codificador de la nueva LEC, V. por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal Civil, Introducción*, ob. cit., (con DE LA OLIVA SANTOS, A Y VEGAS TORRES, J.), ps. 6/8.

(85) Sobre la nueva LEC, en general, y sus antecedentes prelegislativos, V. entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A. "Sobre los criterios inspiradores del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil", En: *Revista de Derecho Procesal*, 1999-II; GIMENO SENDRA, V. "Observaciones al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil desde el Derecho Procesal europeo". En: *Revista La Ley*, 15 febrero 1999; BERZOSA FRANCO, V. *Los principios inspiradores del futuro proceso civil. Presente y futuro del proceso civil* (con otros), Barcelona, 1998; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Planteamiento, sistema y caracteres que presiden el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ponencias), Murcia, 1998, ps. 9 y ss.; ídem, "La reforma necesaria del proceso civil". En: *Revista Tribunales de Justicia*, 1999-2; BANACLOCHE PALAO, J. "El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista La Ley*, N° 4507, 25 marzo 1998; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (dir.) *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Asociación Jueces para la democracia, Zaragoza, 1999; RUBIO LARA, "La Ley de Enjuiciamiento Civil del siglo XXI". En: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, N° 1850, 1 agosto 1999; GÓMEZ COLOMER, J. L. "La tutela procesal privilegiada y sus clases en la nueva LEC". En: *Revista Tribunales de Justicia*, 2000/4, ps. 395 y ss.

Basta con acercarse a su Disposición Derogatoria Única y a las Disposiciones Finales, deteniéndonos sólo en aspectos relativos a la nulidad en el orden material, para apreciar el elevado grado de técnica legislativa que caracteriza a esta ley, puesto que deroga expresamente algunos preceptos procesales contenidos en leyes sustantivas⁽⁸⁶⁾ y los que permanecen en vigor, o bien ven modificada su redacción para establecer la máxima coherencia con la sistemática legal⁽⁸⁷⁾, o bien se incluyen en la normativa general como especialidades en razón de la situación jurídica sustantiva protegida⁽⁸⁸⁾.

De este modo, la nueva legislación facilita en gran medida la tarea del jurista, tanto práctico como teórico, porque supone insertar en el ordenamiento jurídico español un marco normativo procesal com-

(86) Son derogados, entre otros, los artículos 2, 8, 12 y 13 de la citada Ley de Represión de la Usura por la Disposición Derogatoria Única, 2, 4º; el artículo 84,1ª,1º de la citada Ley de Hipoteca Mobiliaria por la DD Única, 2, 8º; los artículos 119, 120, 121 y 122.1 de la citada Ley de Sociedades Anónimas por la DD Única 2,2º; las disposiciones adicionales primera a novena de la citada Ley de procedimientos a seguir en causas de nulidad, separación y divorcio.

(87) V. reforma del apartado segundo del artículo 12 de la ley 7/1988, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en particular la supresión de la facultad reconocida en las acciones de cesación de hacer efectiva la condena a indemnización de daños y perjuicios en trámite de ejecución de sentencia; el artículo 131, 2ª, I de la Ley Hipotecaria cuya redacción es modificada por la Disposición Final 9ª, 6 LEC 2000; la letra d) del apartado 2 del artículo 16 de la Ley de Venta a plazos de bienes muebles ha quedado redactada en nuevos términos según la Disposición Final 7ª,3 LEC 2000. La DF 3ª y 5ª establecen respectivamente que los procesos para la impugnación de acuerdos sociales y en materia de patentes se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en el juicio ordinario de la LEC 2000 por lo que se modifica la redacción del artículo 118 de la LSA y el artículo 125, 1º de la Ley de Patentes.

(88) El artículo 727.10ª LEC 2000 incluye como medida cautelar específica la relativa a la suspensión de acuerdos sociales impugnados incorporando así el contenido del derogado artículo 121.1 de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 222.3.3º LEC 2000 se refiere expresamente a la cosa juzgada material en las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios sustituyendo la regulación contenida en el artículo 122.1 LSA, que queda derogado. Por otro lado, se añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en relación a la intelección que debe darse a la utilización por la LEC 2000 del término consumidores y usuarios. Además, la especialidad relativa a materia probatoria en la usura desaparece finalmente en el texto de la ley a pesar de que tanto el Anteproyecto (artículo 209) como el Proyecto (artículo 217) se referían expresamente a ella (V. ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA DE MURCIA, *Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997*; *Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de diciembre de 1997* [destacadas las variaciones respecto al Borrador]; *Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de octubre de 1998* [destacadas las variaciones respecto al Anteproyecto], Murcia, 1998).

pleto, dotado de una sistemática rigurosa y clara, cuya síntesis se encuentra en su Exposición de Motivos. Y en consecuencia, los aspectos procesales de la nulidad contractual —y en particular, la apreciación de oficio— disponen de una referencia legal que facilitará en gran manera la adecuada interpretación procesal.

13. Pero no son sólo los aciertos técnicos los que destacan en la LEC 2000 sino también la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española⁽⁸⁹⁾.

Al respecto, el legislador ha entendido que hay una estrecha vinculación entre tutela judicial efectiva y el acortamiento del tiempo necesario para obtener una respuesta judicial definitiva⁽⁹⁰⁾ y ha procedido a la articulación de instrumentos jurídicos que consigan una justicia ágil sin disminuir las garantías procesales.

Transcribimos a continuación algunos párrafos de la Exposición de Motivos de la LEC 2000, en los que se alude a las cuestiones que acabamos de tratar, por considerarlos de especial importancia para nuestro objeto de estudio y porque nos permitirán comprender mejor el alcance procesal de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la apreciación de oficio en los que nos detendremos en el siguiente epígrafe:

“I. El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”.

(...) “III. Con perspectiva histórica y cultural, se ha de reconocer el incalculable valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881. Pero con esa misma perspectiva, que incluye el sentido de la realidad, ha de reconocerse, no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y vertebrar, con radical innovación, los planteamientos expresados en los apartados anteriores”.

(...) “III. La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy

(89) V. Exposición de Motivos, I, párrafo 1º.

(90) V. Exposición de Motivos, I, párrafo 2º.

difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común”.

“III. Las transformaciones sociales postulan y, a la vez, permiten una completa renovación procesal que desborda el contenido propio de una o varias reformas parciales. A lo largo de muchos años, la protección jurisdiccional de nuevos ámbitos jurídico-materiales ha suscitado, no siempre con plena justificación, reglas procesales especiales en las modernas leyes sustantivas”.

(...) “VI. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos”.

“VI. De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado”.

“VI. Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible

asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia”.

14. Debemos advertir, por último, que el hecho de que la jurisprudencia se pronuncie con rotundidad y precisión sobre las implicaciones procesales inherentes a la apreciación de oficio de la nulidad contractual —en particular, la congruencia de la sentencia—, y les otorgue un tratamiento adecuado, no significa que el Tribunal Supremo ya no admita que preceptos sustantivos desplieguen consecuencias procesales no previstas por el legislador procesal e incluso contrarias a la ley procesal imperativa⁽⁹¹⁾; por el contrario, la jurisprudencia todavía es dubitativa al respecto y, en algunas ocasiones, inaplica estas normas amparándose en el alcance procesal de preceptos sustantivos siguiendo las tesis civilistas, como veremos a continuación.

5. LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA

15. Tal y como hemos anunciado nos proponemos, en este apartado, examinar los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión objeto de estudio para lo cual hemos dividido la materia en distintos subapartados: *en primer lugar*, examinaremos los supuestos en los que el recurrente alega la incongruencia de la sentencia recurrida en la que el tribunal de instancia declaró la nulidad contractual no pedida por ninguna de las partes; *en segundo lugar*, examinaremos los supuestos en los que el recurrente alega dicha incongruencia pero por un motivo bien distinto consistente en que el tribunal de instancia no declaró la nulidad de oficio en un supuesto en el que, a juicio del recurrente, debió procedía dicha declaración; *en tercer lugar*, examinaremos los argumentos jurídicos que ha establecido el Tribunal Supremo sobre las garantías procesales que están implicadas en la apreciación

(91) Al respecto, afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “nos encontramos, por tanto, con líneas jurisprudenciales contradictorias, e incompatibles si ambas las consideramos de aplicación absoluta. Ante ello, parece preferible mantener los principios tradicionales como norma general, admitiendo la declaración de oficio cuando causas muy señaladas muevan a ello, para evitar que los Tribunales se vean forzados a colaborar en los turbios negocios que las partes presenten tratando de ocultar sus aspectos más reprobables o aun delictivos. El supuesto más claro, y acaso único, de tal declaración es el litigio entre los propios contratantes, que piden la ejecución de contratos delictivos o con causa torpe; con la consecuencias de negárseles (ex artículos 1.305 y 1.306) tanto la ejecución como la repetición de lo ya entregado” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 107).

de oficio y su protección jurisdiccional; y, *en cuarto lugar*, examinaremos las resoluciones casacionales en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las consecuencias jurídicas, en sede material, de la apreciación de oficio de la nulidad contractual (la restitución de oficio).

En cada uno de estos subapartados trataremos de extraer una síntesis de la doctrina jurisprudencial particular y al final de todos ellos recopilaremos esta síntesis con el fin de ofrecer los perfiles procesales que el Tribunal Supremo ha diseñado para esta particular institución. También advertiremos, cuando lo consideremos preciso, de los riesgos que implican las líneas borrosas de estos perfiles procesales, y la flexibilidad con que las excepciones se admiten a la regla general, sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos de defensa y de contradicción de los justiciables.

Desde ahora nos interesa destacar que, en aras de la obtención de unas conclusiones precisas y fieles a la doctrina jurisprudencial, hemos excluido en este estudio las sentencias que no contemplan el examen de la apreciación de oficio sino que examinan la nulidad absoluta (o radical, o de pleno derecho) que ha sido alegada a instancia de parte ya que consideramos que no conviene trasladarlos a nuestro objeto de estudio porque al no corresponderse con el mismo, no sólo, no nos aportan datos significativos, sino que pueden introducir más confusión que claridad⁽⁹²⁾. Por otro lado, también nos interesa destacar que nuestro análisis de las resoluciones de casación lo hemos centrado en los pronunciamientos jurídicos que fundamentan los fallos en cada caso concreto huyendo de la trascripción de fórmulas generales, recogidas en los fundamentos de derecho, que no son de aplicación al caso concreto⁽⁹³⁾ y resaltando en cursiva aquellas expresiones del Tribunal

(92) Es el caso, entre muchos otros, de la STS 26 junio 1982 (RJ 1982, 3443) en la que se establece un listado de los casos en los que se puede proceder a la declaración de nulidad por infracción de ley; o el caso de la STS 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1978) en la que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la decisión del juez penal de dejar imprejujada la acción civil referente a la nulidad de la donación “al no haber sido partes en el proceso penal todas las personas interesadas en dicha donación”; o también el caso de la STS 13 julio 1995 (RJ 1995, 6005) que recuerda que “la existencia o no del contrato o de sus requisitos esenciales es cuestión fáctica reservada a la instancia, que ha de mantenerse en casación mientras no se impugne con éxito por la vía adecuada”.

(93) En este sentido afirma DELGADO ECHEVARRÍA que “en realidad, en este ámbito, más que las declaraciones genéricas que repiten las sentencias, importa la relevancia que tales afirmaciones tienen para la decisión del caso concreto así como el análisis de las circunstancias concretas del caso, de índole fáctica y proce-

Supremo que nos merecen especial atención desde el punto de vista procesal. Y por otro lado, también queremos destacar que el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales arroja más luz sobre la cuestión objeto de nuestro estudio si no los desvinculamos del contexto fáctico-jurídico considerado por el Tribunal Supremo para su elaboración y este es el motivo por el que hemos recogido también los antecedentes fácticos y los fundamentos de derecho de las sentencias de casación. Por último, sólo nos resta destacar que en coherencia con este planteamiento que hemos seguido en el estudio jurisprudencial, no fundamentaremos ningún pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre argumentaciones jurídicas o fácticas elaboradas para otro diferente por más que los antecedentes de hecho, y/o la fundamentación de derecho, en ambos supuestos pudieran parecer similares entre sí.

5.1. La congruencia de la sentencia

16. El artículo 218 de la LEC 2000 (art. 359 LEC de 1881) establece el deber de congruencia de las sentencias civiles⁽⁹⁴⁾ y el artículo 469 LEC 2000 enumera la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, como el 2º motivo en el que podrá fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal, y la vulneración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, como el 4º motivo.

El requisito de la congruencia (en sentido estricto) impone que la sentencia se atenga a las pretensiones y excepciones oportunamente ejercitadas por las partes, de forma que se pronuncie sobre lo pedido y no otorgue más o cosa distinta⁽⁹⁵⁾.

El fundamento de esta exigencia se encuentra en el principio dispositivo que rige en nuestro proceso civil: si el juez otorgase más de lo pedido o una cosa distinta de la que fue objeto del juicio (o por una

sal, y que llevan a los Tribunales a decidir en uno u otro sentido" (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2ª, op. y loc. cit., p. 108).

(94) Sobre las novedades que a partir de la LEC 2000 se aprecian en esta materia, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso*, ob. cit., ps. 96 y ss.

(95) CORDÓN MORENO afirma al respecto que "oportunamente ejercitadas o planteadas, decimos, y sólo son oportunamente ejercitadas o planteadas las deducidas en la demanda y contestación y las pretensiones complementarias deducidas en la audiencia previa dentro de los límites del artículo 426 LEC" (...) "no existe incongruencia cuando el juez estima una excepción, procesal o material, que puede apreciar de oficio" (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, T. I, ob. cit., ps. 135 y p. 137).

causa diferente), estaría interfiriéndose en el poder de disposición que se reconoce a las partes sobre sus derechos y, en definitiva, estaría ejercitando una acción de oficio⁽⁹⁶⁾.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 1986 (STC 77/1986), “la congruencia de las sentencias es un requisito de las mismas que establece el artículo 359 (hoy 218.1) de la LEC y que guarda estrecha conexión con el principio dispositivo que rige los procesos civiles, donde las pretensiones de los litigantes constituyen un límite a la potestad de juzgar de los órganos jurisdiccionales, de manera que no puede otorgarse más de lo pedido por el demandante, ni conceder u otorgar otra cosa distinta de la por él reclamada o concederla por título distinto de aquel en que la demanda se funde”⁽⁹⁷⁾.

5.1.1. *La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia*

17. Nos preguntamos si, a juicio del Tribunal Supremo, es congruente la sentencia recurrida que se ha pronunciado sobre la nulidad contractual que no ha sido alegada ni pedida por las partes.

La jurisprudencia al respecto no es uniforme: en primer lugar, el Tribunal Supremo ha considerado incongruente la sentencia recurrida que se pronunció sobre la nulidad radical del contrato que en ningún momento fue planteada por las partes⁽⁹⁸⁾; en segundo lugar, el Tribunal Supremo ha considerado incongruente la sentencia recurrida que desestimó la resolución contractual pedida por las partes y, en

(96) V. CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, ob. cit., p. 136.

(97) No obstante, como advierte CORDÓN MORENO “la incongruencia, en sí misma considerada, no tiene siempre trascendencia constitucional; la misma se dará sólo cuando la alteración de los términos del debate produce infracción de la forma contradictoria y del derecho de defensa (STC29/1987, de 6 de marzo)” (CORDÓN MORENO, F. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, ob. cit., p. 136).

(98) V. STS 20 julio 1990 (Id. Cendoj: 28079110011990100009); STS 24 abril 1997 (Id. Cendoj: 28079110001997100643); STS 30 junio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100529) y STS 9 diciembre 2002 (Id Cendoj: 28079110002002100108); en esta última sentencia los recurrentes denuncian en su primer motivo de casación la incongruencia de la sentencia impugnada por alterar la causa de pedir y conceder de oficio más de lo pedido apreciando una nulidad de la escritura pública de compraventa no solicitada por nadie, ya que la única nulidad interesada en el litigio, mediante la demanda acumulada, fue la de las disposiciones matrimoniales del convenio regulador de separación conyugal.

su lugar, declaró de oficio la nulidad contractual⁽⁹⁹⁾; en tercer lugar, el Tribunal Supremo ha defendido la congruencia de la sentencia que absolvió al demandado, al estimar la excepción de nulidad contractual radical, pero que no declaró la nulidad contractual por no haber sido pedida⁽¹⁰⁰⁾; en cuarto lugar, el Tribunal Supremo defiende que, con carácter general, las sentencias desestimatorias son por su propia naturaleza congruentes⁽¹⁰¹⁾; en quinto lugar, el Tribunal Supremo admite excepciones a la regla anterior como en el caso de la sentencia desestimatoria que declaró de oficio la nulidad relativa del contrato y fue revocada en casación al ser estimada su incongruencia⁽¹⁰²⁾; en sexto lugar, el Tribunal Supremo también ha defendido la congruencia de la sentencia que declaró la nulidad radical del contrato no solicitada por las partes⁽¹⁰³⁾.

Veamos cuales han sido los *argumentos jurídicos* en los que el Tribunal Supremo ha fundamentado sus decisiones con el fin de examinar si la doctrina jurisprudencial incurre en contradicciones; para una mayor comprensión de la materia analizaremos, por un lado, los supuestos de incongruencia y a continuación, los supuestos de congruencia.

a) Incongruencia por alteración ostensible de la causa de pedir: El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 1990⁽¹⁰⁴⁾, estima el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia recurrida) porque “la Audiencia Provincial *ha cambiado ostensiblemente la causa de pedir* al basar su fallo en la apreciación de una cuestión (la nulidad del contrato) que en ningún momento ha sido planteada por las partes, ni sometida, por tanto, a su resolución” (...) Afirma el Tri-

(99) V. STS 20 junio 1996 (Id. Cendoj: 28079110001996100923) y STS 30 junio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100529).

(100) V. STS 18 febrero 1997 (La ley 2030/1997). En sentido contrario, porque el TS estima la incongruencia de la sentencia que no declaró la nulidad de oficio, V. STS 9 diciembre 2002 (Id Cendoj: 28079110002002100108).

(101) V. STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110011993102422); STS 24 abril 1997 (Id. Cendoj: 28079110001997100643), STS 3 diciembre 2001 (La ley 2654/2002) y STS 20 julio 2006 (La ley 77280/2006).

(102) V. STS 3 diciembre 2001 (La ley 2654/2002) y STS 4 septiembre 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100927).

(103) V. STS 31 mayo 2005 (La ley 123015/2005) y STS 5 mayo 2008 (Id Cendoj: 28079110012008100186).

(104) Id. Cendoj: 28079110011990100009. En el mismo sentido, la STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110011993102422) se refiere a una *sustancial modificación del componente jurídico de la acción ejercitada* que no puede ser amparada por el principio *iura novit curia*.

bunal Supremo que “*no ha sido aducida por dicho demandado, ni por vía de excepción, ni por vía de reconvencción (que no ha formulado), la nulidad (ni la radical o absoluta, ni la relativa o anulabilidad) del expresado contrato, por lo que dicho tema no ha sido objeto de debate en el pleito, ya que las partes no han cuestionado en momento alguno la validez inicial del mismo (ello con plena independencia de los condicionamientos a que pudiera estar sometida su eficacia, que es cuestión totalmente distinta)*”. En la sentencia recurrida la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y declaró la nulidad del contrato; (...) según la sentencia del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial “entiende que el contrato litigioso es nulo, por infracción del art. 1.256 del Código Civil, al contener una cláusula —el apartado b) del pacto tercero— que deja, según dice, el cumplimiento del contrato al arbitrio exclusivo del llamado promitente comprador (si la reparcelación de la finca tenía lugar después del 9 de octubre de 1976), mientras que el denominado promitente vendedor siempre quedaría obligado a cumplirlo (aunque la reparcelación se produjera después de la expresada fecha)”. Defiende el Tribunal Supremo que “la *transmutación de la causa de pedir* puede incluso significar menoscabo del art. 24 de la Constitución, al desviarse de los términos en que se planteó el debate forense, *vulnerando el principio de contradicción*”.

b) *Incongruencia por alteración decidida de la causa de pedir*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 1997⁽¹⁰⁵⁾, estima el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia recurrida) al haber decretado de oficio el Tribunal de Instancia la nulidad del contrato privado de compraventa que relaciona a las partes. Afirma el Tribunal Supremo que “no procede declarar de oficio la nulidad de aquellos contratos no afectados de vacío y cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto, *mientras no fueren impugnados en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa*; lo que sucede en este supuesto, pues no se trata precisamente de ausencia total del objeto del contrato o inexistencia material del mismo, ya que la nave que se vendió estaba ubicada en la urbanización que tenía realidad material y superficial y se situó dentro de su extensión superficial de 19.500 m², y con independencia de su ubicación exacta, que es problema distinto, por lo que el motivo ha de acogerse, al *no encajar la nulidad decretada en los supuestos autorizados por la doctrina jurisprudencial* y haber llevado a cabo la sentencia recurrida

(105) Id. Cendoj: 28079110001997100643.

alteración decidida de la causa de pedir, irrogando indefensión a la recurrente”

c) *Incongruencia por extra petita por haber resuelto el tribunal sentenciador sobre cuestiones no planteadas por las partes*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 2009⁽¹⁰⁶⁾, estima los cinco motivos alegados por el recurrente (entre ellos, la incongruencia por *extra petita*) que, en palabras del Alto Tribunal, “guardan una estrecha relación entre sí porque responden al planteamiento escalonado de un mismo problema: a saber, el de la declaración de nulidad de los negocios jurídicos litigiosos por el tribunal de apelación sin haberla pedido ninguna de las dos partes litigantes” (...) La Audiencia Provincial declaró la nulidad de un contrato de suministro que infringió la normativa comunitaria restrictiva de la libre concurrencia, cuestión que no se pidió expresamente por ninguna de las partes, entendiéndose que podía ser apreciada de oficio al ser la nulidad absoluta una materia de orden público. El tribunal de apelación se pronunció sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho del litigio pero añadió de oficio esta cuestión ajena al debate. El Tribunal Supremo afirma que “la sentencia recurrida infringe el art. 359 LEC de 1881 (...) acabó privando del usufructo a la apelante vencedora en la segunda instancia, y por tanto de la posesión de la estación de servicio, *con base en una nulidad de todo el complejo negocial que ninguna de las dos partes había interesado ni planteado* porque, lejos de ello, ambas tomaron siempre como punto de partida la adecuación de aquel complejo negocial al Derecho comunitario de la competencia”. Afirma el Tribunal Supremo que “en lo que se refiere a negocios jurídicos entre las compañías abastecedoras y los explotadores de estaciones de servicio, esta Sala, como no podía ser menos, ha declarado que son nulos de pleno derecho los contratos que resulten incompatibles con el Derecho comunitario de la competencia (SSTS 15-4-09, 20-11-08 y 3-10-07 entre las más recientes), pero al mismo tiempo se ha mostrado contraria a que tal nulidad se aprecie de oficio por los tribunales al margen de las pretensiones iniciales de las partes, al margen del ámbito de la segunda instancia delimitado por el recurrido, recursos y en su caso adhesión o impugnación subsiguiente del recurso y, menos aún, haciendo de la casación un litigio totalmente diferente del planteado en primera instancia. Así, la STS 2-6-00 (rec. 2355/95), que suele citarse en apoyo de la declaración de nulidad de oficio, se dictó; sin embargo, en un litigio en el que la nulidad del contrato se había planteado desde el momento mismo de

(106) Id. Cendoj: 28079110012009100529.

la contestación a la demanda; la STS 15-3-06 (rec. 1936/99) exige en cualquier caso que la pretensión de nulidad por contravención del Derecho comunitario “se haya planteado” efectivamente; y la STS 6-10-06 (rec. 4705/99), en fin, rechaza como cuestión absolutamente nueva en casación la de la ilegalidad de un pacto de exclusividad por alcanzar una duración de treinta años que excedería de la máxima permitida por el Reglamento Comunitario N° 1984/83. Y concluye el Tribunal Supremo disponiendo que “consecuencia final y lógica de que la nulidad del complejo negocial litigioso *haya quedado al margen del proceso* tiene que ser la posibilidad de que la parte actora-reconvenida *promueva otro juicio* en el que, precisamente por incompatibilidad de ese complejo negocial con el Derecho comunitario, *plantee la nulidad del usufructo constituido a favor de REPSOL*”.

d) Incongruencia por el cambio de acción operado a cargo del Tribunal de instancia; el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de junio de 1996⁽¹⁰⁷⁾, estimó el motivo alegado por el recurrente (incongruencia de la sentencia) y rechazó de plano la interpretación de la Audiencia Provincial que entendía que no se producía incongruencia si estimaba la nulidad de oficio, en lugar de la resolución solicitada por las partes, puesto que ambos son supuestos de ineficacia del contrato y la decisión de la Sala en uno u otro sentido no supone modificación de la pretensión. El Tribunal Supremo afirmó que “esta Sala de Casación Civil no puede aceptar esta tesis, ni tal decisión como aparece expuesta, ya que se confunde nulidad absoluta y resolución, tratándose de acciones distintas, pues la primera opera cuando faltan y no tienen existencia alguno de los elementos esenciales del contrato, así como cuando se infringe algún precepto legal prohibitivo (artículo 6-4 del C. Civil), - lo que no sucede con la anulabilidad que sólo tiene lugar, cuando concurriendo dichos requisitos esenciales (artículo 1300 del C. Civil), afloran vicios que invalidan el contrato con arreglo a la Ley—. De esta manera el negocio nulo resulta inexistente e insubsanable, a diferencia de la situación de resolución que parte de un contrato existente y válido, pero que se deja sin efecto, con las consecuencias que establece el artículo 1124 del Código Civil (...) En el caso de autos la Sala sentenciadora apreció de oficio la nulidad y no precisamente por las causas que pudieran justificarla, conforme a lo que se deja expuesto, sino por la *alegación extemporánea de la parte actora* de la falta de objeto y, no concretamente, por darse inexistencia material de los solares vendidos, sino porque éstos no reunían condiciones de edificabi-

(107) Id. Cendoj: 28079110001996100923.

lidad en el futuro y sólo cabía llevar a cabo la construcción en las fincas resultantes y que fueran adjudicadas a los compradores por normativa urbanística de reparcelación. Tal decisión hace derivar el pleito al necesario ejercicio de la referida acción de nulidad a cargo de la actora y permitir a los demandados que *formulasen contradicción opositora* a este supuesto concreto, con lo que la incongruencia ha de acogerse y estimarse el motivo, tanto por resultar *nulidad no probada* y ser impropcedente en la forma en que se planteó, al tratarse del ejercicio de una acción no integrada en el suplico de la demanda y conformadora necesariamente del *debate procesal*, como por representar su acogida *alteración de la causa de pedir* y decidirse conforme a otra distinta, con *indefensión* del litigante adverso, por el cambio de acción operado a cargo del Tribunal de instancia (sentencias de 9-01-1992, 9-11-1993, 10-02-1994 y 6-03-1995, entre otras)”

e) *Congruencia de la sentencia que estima la excepción de nulidad sin declarar la nulidad contractual*: el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de febrero de 1997⁽¹⁰⁸⁾, no dio lugar al recurso de casación en el que se alegaba la incongruencia de la sentencia porque el fallo desestimatorio se fundamentó en la nulidad de la cláusula contractual, alegada a través de excepción por el demandado, y sin embargo la Audiencia Provincial dijo que no podía declarar expresamente la nulidad de esa cláusula por razones de congruencia con la petición de la demandada, limitada a la absolución de la demanda. El Tribunal Supremo no apreció incongruencia alguna puesto que la sentencia recurrida dio lugar a la petición de desestimación de la demanda, y como no se pedía nada más, no declaró la nulidad de la cláusula. No obstante, el Tribunal Supremo defiende que la Audiencia Provincial debió también declarar la nulidad de la cláusula porque⁽¹⁰⁹⁾ “tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 CC) *no es necesario reconvenir* para que se decrete su nulidad porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los tribunales, y así

(108) La ley 2030/1997. Con la misma doctrina, V. STS 26 junio 1982 (RJ 1982, 3443).

(109) En el mismo sentido, aplicando la LEC 2000 V. STS 15 abril 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100239).

debió declararla la Audiencia. En este caso, se alegó por la demandada para destruir la base en que la actora fundamentaba su acción, por lo que no hubiera existido el más mínimo obstáculo legal para que la declaración de nulidad se hubiera producido; *fue alegada extensamente*, es decir, fue excepción esgrimida, y precisamente como fundamento de la petición de absolución de la demanda”

f) *Congruencia de las sentencias desestimatorias por resolver todas las cuestiones propuestas y debatidas*; el Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de julio de 2006⁽¹¹⁰⁾, desestimó el recurso de casación por incongruencia de la sentencia recurrida porque (...) “esta Sala tiene declarado que las sentencias desestimatorias no pueden tacharse de incongruentes, habida cuenta de que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001 y 29 de septiembre de 2003)”. El recurrente había alegado que la sentencia de la Audiencia Provincial incurría en incongruencia por falta de correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en su parte dispositiva, en virtud de que la repulsa de la reconvencción no ha sido consecuencia de la estimación del recurso de apelación promovido por el actor, sino de la declaración de nulidad de los contratos, que fue apreciada de oficio”. Tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma, *al obrar acreditado* que, en definitiva, la finalidad de su celebración fue la compra por “CAJA POSTAL, S.A.” de los votos de determinados acreedores para su expresión en la junta de graduación”. El Tribunal Supremo rechazó la pretendida incongruencia de la sentencia afirmando que “es reiterada doctrina jurisprudencial que el artículo 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de débito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria”

g) *Incongruencia de la sentencia desestimatoria por alteración de la causa de pedir*: el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de diciembre de 2001⁽¹¹¹⁾, estimó el motivo alegado por el recurrente sobre la incon-

(110) La ley 77280/2006. V. ATS 13 julio 2010 (Id Cendoj: 28079110012010203530).

(111) La ley 2654/2002.

gruencia de la sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial. De este modo, el Tribunal Supremo ha defendido que la doctrina general expuesta en el punto anterior tiene excepciones “cuando se altera la causa de pedir o la respuesta judicial no guarda la debida coherencia con los temas suscitados”. En concreto, en este caso la Audiencia Provincial declaró de oficio la nulidad del contrato de fecha 20 Julio 1990, *que no había sido pedida por nadie*, al estimar que las partes actuaron sin la autorización legal preceptiva del artículo 1259 del Código Civil. El Tribunal Supremo, tras argumentar que se trataba de un supuesto de nulidad relativa y no de nulidad absoluta, estimó el motivo de incongruencia de la sentencia afirmando que “en el presente caso nos encontramos ante un contrato *que no puede calificarse de nulo de pleno derecho* al amparo del art. 6.3 del Código Civil ni de inexistente, por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida, ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión *no debatida en los autos*, habiéndose, además, introducido en el debate un *hecho* no alegado por nadie como es la falta de representación que los codemandados D.^a Carmen F. P. y don Ramón V. F. se atribuyen en el documento fundamental de los autos, causando así una situación de *indefensión* a la actora cuya buena fe al aceptar esa manifestación de los codemandados ha de producirse”.

h) Congruencia de la sentencia que declara la nulidad radical del contrato no solicitada por las partes; el Tribunal Supremo, en sentencia de 31 de mayo de 2005⁽¹¹²⁾, rechaza el motivo alegado por el recurrente sobre la incongruencia de la sentencia recurrida, y defiende que la Audiencia Provincial actuó como debía hacerlo al no revocar la nulidad de oficio del contrato que incumplió una norma legal imperativa que obligaba a su constancia por escrito. El recurrente tachó de incongruente la sentencia, al haberse alterado la causa de pedir, alegando al efecto que lo que se había postulado en la demanda fue la resolución del contrato de edición para la publicación del libro *Figuracions* por incumplimiento del demandado y éste debía ser condenado, en concepto de daños y perjuicios, a devolver las obras entregadas y de ser imposible tal incumplimiento se le reintegrase en el contravalor que asciende a 18.200.000 pesetas. El Tribunal Supremo defendió que “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, la ineficacia de los negocios radicalmente nulos al presentarse *notoriamente ilegales*, es decir como aquí ocurre, en cuanto a que el contrato de edición celebrado incumplió una norma legal imperativa, aunque

(112) La ley 123015/2005.

sea de naturaleza formal, que obligaba inevitablemente a su constancia por escrito”.

i) Congruencia de la sentencia que declara de oficio la nulidad de la donación encubierta de un inmueble; el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de mayo de 2008⁽¹¹³⁾, rechaza el motivo alegado por el recurrente sobre la incongruencia de la sentencia recurrida que declaró la nulidad tanto del negocio simulado de compraventa como del disimulado de donación a pesar de que en su demanda sólo pretendió la nulidad de la compraventa por simulación relativa, es decir, por ser falsa su causa (no por inexistencia de esta), sin cuestionar en modo alguno la eficacia y validez de la donación disimulada y el desplazamiento patrimonial a que ésta había dado lugar. Afirma el Tribunal Supremo que “la doctrina actual (...) es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, cuando, como es el caso de autos, de inmuebles se trata, y así, (...) *la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría*”. En consecuencia, “la donación sería inexistente por carecer de un requisito esencial cuál es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del Código Civil, sin posibilidad alguna de tildar de incongruente la sentencia”.

18. Expuestos los fallos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente, a petición del recurrente, sobre la congruencia de la sentencia de la instancia que había procedido a la declaración de oficio de nulidad contractual debemos ahora pronunciarnos sobre su coherencia interna.

Al respecto entendemos que el Tribunal Supremo no incurre en contradicciones al elaborar la doctrina jurisprudencial relativa a la apreciación de oficio de la nulidad llevada a cabo por los tribunales de instancia, sino que la misma es coherente procesalmente y está fundamentada en razones de derecho sustantivo⁽¹¹⁴⁾.

(113) Id. Cendoj: 28079110012008100186.

(114) Ciertamente encontramos sentencias que defienden extremos opuestos, y que podrían ser tachadas de contradictorias si perdemos de vista la doctrina jurisprudencial en su conjunto; por ejemplo la STS de 18 de febrero de 1997 (La ley 2030/1997) y la STS de 20 de junio de 1996 (Id. Cendoj: 28079110001996100923) serían completamente contradictorias porque la primera defiende que no hay ningún inconveniente jurídico que impida la admisión de la declaración de oficio de la nulidad y, por el contrario, la segunda considera que es requisito imprescindible que la parte interponga la acción de nulidad por lo que no cabe dicha admisión.

Desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo en estos recursos defiende que si la nulidad no ha sido objeto del debate en el pleito, porque no ha sido pedida por las partes, su apreciación de oficio supone una alteración de la causa de pedir que vulnera el principio de contradicción (STS 20 julio 1990) e irroga indefensión a la parte (STS 24 abril 1997) y, en caso de haberse estimado por el tribunal de instancia, la sentencia de casación indicará a la parte que tiene la posibilidad de plantear de nuevo la misma cuestión de la nulidad en otro juicio (STS 30 junio 2009); pero si la nulidad del contrato ha sido objeto del pleito porque se alegó como excepción por el demandado y el tribunal la estima, procede no sólo la absolución del demandado sino también la declaración de oficio de la nulidad (STS 18 febrero 1997).

Sin embargo, admite alguna excepción a esta doctrina, y en consecuencia, niega la incongruencia de la sentencia que se pronuncia sobre la nulidad de oficio no pedida por la parte y discrepa del pronunciamiento recurrido por razones de derecho material. Por lo tanto, nos encontramos ante una regla general —la incongruencia de la sentencia que aprecia la nulidad de oficio— que admite algunas excepciones justificadas en motivos de naturaleza sustantiva, como pasamos a exponer.

Desde el punto de vista material, el Tribunal Supremo en estos recursos ha fallado sobre la procedencia de la nulidad de oficio en el caso de cláusula que establece un pacto comisorio prohibido por la ley (arts. 1858 y 1859 CC) (STS 20 junio 1996); cuando la causa es ilícita porque consta acreditado que la finalidad del contrato consistió en la compra de votos para la Junta de graduación de créditos (STS 20 julio 2006); cuando el contrato de edición se celebró verbalmente en contra de la norma legal imperativa de naturaleza formal (STS 31 mayo 2005); en la donación de inmuebles en escritura pública nula por carecer de la forma *ad solemnitatem* del artículo 633 del Código Civil (STS 5 mayo 2008).

Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo, y también desde el punto de vista del derecho material, esta apreciación de oficio no procedía por lo que ha sido revocada en casación a petición del recurrente, cuando la nave (objeto de la compraventa) existía y estaba ubicada en la urbanización que tenía realidad material y superficial (STS 24 abril 1997); cuando el contrato era nulo de pleno derecho por resultar incompatible con el Derecho comunitario de la competencia (STS 30 junio 2009); cuando no hay inexistencia material del objeto del contrato como es el caso de los solares vendidos que no reunían condiciones de edificabilidad en el futuro (STS 20 junio 1996); cuando se trata de

una nulidad relativa como la falta de autorización legal preceptiva del artículo 1259 del Código Civil (STS 3 diciembre 2001).

19. Por lo tanto de las resoluciones del Tribunal Supremo podemos extraer la siguiente conclusión: que la delimitación de los supuestos excepcionales (materiales) en los que la apreciación de oficio de la nulidad contractual no produce la incongruencia de la sentencia —y aquellos en los que sí la produce— es una cuestión de casuística jurisprudencial sobre la que se producen, según hemos visto, frecuentes discrepancias entre las resoluciones de la instancia y las resoluciones del Tribunal Supremo (tanto porque no se debió declarar o porque se declaró en los supuestos en los que no procedía)⁽¹¹⁵⁾; de hecho, se trata de una lista abierta que el Tribunal Supremo y los Tribunales de instancia pueden engrosar, o reducir, aprovechando la indeterminación con la que el legislador civil regula la materia relativa a la nulidad contractual⁽¹¹⁶⁾.

(115) La STS 7 junio 2006 (La ley 62945/2006) pone de manifiesto, en relación a las causas en las que procede la nulidad de oficio, que “resulta obvio que los supuestos delimitados jurisprudencialmente no pueden ser *numerus clausus*” (...) y también afirma que “la doctrina jurisprudencial que permite hacer un uso prudente de la facultad de estimar causas de nulidad absoluta de oficio (...) convierte esta cuestión en una materia sujeta a la apreciación del juez” (...) y también alude a “la entrada en juego para ponderar las consecuencias de esta nulidad de preceptos del Código Civil que han sido objeto de complejas interpretaciones en la jurisprudencia y en la doctrina”.

(116) Sobre las dificultades de esta materia afirma PARRA LUCÁN que “la confusión en torno a la categoría de la inexistencia en Derecho español se extiende a los supuestos que se incluyen en la misma y en los efectos. La jurisprudencia ha tratado como casos de inexistencia: la simulación absoluta, la falta de objeto (por falta de determinación suficiente, art. 1273 del Código Civil, o de imposibilidad, art. 1272 del Código Civil), la falta de voluntad o consentimiento. Por lo que se refiere a los efectos, se ha defendido que los supuestos de inexistencia no admiten un mismo criterio de tratamiento o cauce de ineficacia, pero también que la inexistencia es sólo una de las posibles causas de nulidad. La jurisprudencia, por su parte, tiende a equipararla a la nulidad absoluta” (...) “En Derecho español la ley, la moral y el orden público juegan como límite a la autonomía de la voluntad, pero no es uniforme la sanción del contrato que los transgrede: la regla general, en el caso de contravención de norma, es la nulidad, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1255 y 6.3 del Código Civil); la ilicitud del objeto y de la causa provocan la nulidad (arts. 1271, 1272, 1275 y 1305 y 1306 del Código Civil), pero la jurisprudencia no proporciona criterios seguros para determinar lo que es ilicitud del objeto o de la causa; sí que parece existir una tendencia a restringir la nulidad absoluta a las cuestiones de orden público y a limitar la anulabilidad a la contravención de normas que atienden a intereses particulares” (...) “En Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma refiriendo la nulidad

Si consideramos que la indebida apreciación de oficio de la nulidad contractual —tanto en sentido positivo como negativo— es motivo de casación y su estimación por el Tribunal Supremo implica la revocación del fallo de la sentencia de instancia, y a la vez consideramos que ante la ausencia de un criterio legal que indique en qué casos los Tribunales pueden proceder a la apreciación de oficio —y en que casos deben abstenerse de apreciarla— es el criterio del Tribunal Supremo, en última instancia, el que decide el caso concreto —salvo supuestos de amparo constitucional—, podemos concluir que nuestro Alto Tribunal dispone de un mecanismo versátil, y extremadamente flexible, con el que casar sentencias de la instancia sin que conste de modo preciso cual es exactamente el motivo por el que se ha revocado el pronunciamiento, si ha sido el defecto procesal de la sentencia o la discrepancia con el sentido material del fallo del tribunal de instancia.

De este modo, el Tribunal Supremo dispone de un instrumento procesal, de creación jurisprudencial, que le permite censurar las resoluciones de instancia, con la excusa de la congruencia, y alterar el sentido del fallo transformándose así *de facto* en un tribunal de instancia, resultado contrario al que pretendió el legislador al establecer el recurso de casación y que además introduce un factor de inseguridad jurídica para los justiciables, como ya advertimos con anterioridad.

Por otro lado, conviene advertir que, desde el punto de vista procesal la apreciación de oficio de la nulidad contractual, tal y como se plantea en la práctica forense, no supone solamente la desestimación de la demanda del actor, por efecto de la apreciación de oficio de una *excepción* impropia (nulidad contractual) con la consiguiente absolución del demandado, sino que supone también, como hemos visto, la *declaración de oficio* de la nulidad contractual⁽¹¹⁷⁾ y, como veremos, las

a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes” (PARRA LUCÁN, M^a. A. *Las anomalías del contrato*, op. y loc. cit.).

(117) “Y si se desestima una demanda sobre cumplimiento de un contrato por entender que es nulo a causa de un defecto esencial de forma alegado por el demandado como hecho impeditivo, no será objeto de cosa juzgada, para un proceso ulterior esa causa de nulidad... salvo que el demandado, mediante reconvencción, haya pedid que la nulidad se declare expresamente” (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* [con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.], II, ob. cit., ps. 199/200).

consecuencias restitutorias declaradas también de oficio por el tribunal de instancia⁽¹¹⁸⁾.

Al respecto, el Tribunal Supremo, con carácter general, se refiere a la “la doctrina permisiva de la *declaración de oficio* por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos” (STS 15 de diciembre de 1993). Y de, forma particular, en las sentencias referidas con anterioridad, el Tribunal Supremo recoge en los antecedentes de hecho de las resoluciones la misma realidad como se deduce de las siguientes afirmaciones, entre otras, “en la sentencia recurrida la Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juez de Primera Instancia y declaró la nulidad del contrato” (STS 20 de julio de 1990); “el Tribunal de Instancia decretó de oficio la nulidad del contrato privado de compraventa” (STS 24 de abril de 1997); “la *declaración de nulidad* de los negocios jurídicos litigiosos por el tribunal de apelación sin haberla pedido ninguna de las dos partes litigantes” (STS 30 de junio de 2009); “la Audiencia Provincial debió también *declarar la nulidad* de la cláusula” (STS 18 de febrero de 1997); “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma” (STS 20 de julio de 2006); “la Audiencia Provincial *declaró de oficio la nulidad* del contrato” (STS 3 de diciembre de 2001); “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales *decidir ex officio, la ineficacia* de los negocios radicalmente nulos” (STS 31 de mayo de 2005); “la sentencia recurrida que *declaró la nulidad* tanto del negocio simulado de compraventa como del disimulado de donación” (STS 5 de mayo de 2008).

A nuestro juicio, la causa de este resultado jurisprudencial implica la necesidad de aceptar que el tribunal no ejercita de oficio una excepción de nulidad contractual, sino una reconvención (acción), ya que introduce en el proceso una pretensión que excede los límites de la mera defensa del demandado puesto que se pronuncia sobre la nulidad del contrato y en consecuencia dicha declaración de nulidad pasa en autoridad de cosa juzgada por lo que excluye un posterior proceso sobre la misma cuestión⁽¹¹⁹⁾

(118) La jurisprudencia ha establecido que es consecuencia insoslayable de la declaración de nulidad el que hayan de acordarse los efectos adecuados teniendo en cuenta los principios de justa correspondencia y equilibrio contractual (V., entre otras, SSTS 28 septiembre 1996 [R.6820], 23 junio 1997 [R.5201], 16 mayo 2000 [R.5082]).

(119) Si nos encontráramos ante una excepción el comportamiento procesal sería muy distinto porque, como afirmó DE LA OLIVA, bajo la vigencia de la LEC 1881, “y si por otra parte, los pronunciamientos sobre excepciones no constituyen

De este modo, la doctrina procesal por la que se defiende que los efectos de la cosa juzgada no alcanzan a las excepciones, bajo la LEC 1881, no se ha aplicado a este supuesto.

Ciertamente el tratamiento procesal de la nulidad se presentaba, en la sistemática de la LEC 1881, como una cuestión compleja y difícil de solucionar por los escasos datos que al respecto ofrecía nuestro Derecho positivo⁽¹²⁰⁾. Por esta causa, surgieron sobre esta cuestión dos posturas jurisprudenciales; la primera, por la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoció que, en determinados supuestos, se podía alegar en juicio la nulidad del negocio jurídico mediante excepción⁽¹²¹⁾; la segunda, por la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró que la nulidad del contrato opuesta por el demandado constituye reconvención⁽¹²²⁾.

Y es desde esta segunda doctrina jurisprudencial —y bajo la consideración de que la apreciación de oficio lleva consigo la declaración de la nulidad y los efectos restitutorios— desde la que se comprende la coherencia del legislador procesal de 2000 al otorgar un tratamiento procesal de “excepción reconvencional”⁽¹²³⁾ a la alegación por el de-

cosa juzgada —tampoco cuando sean estimatorios de las excepciones— la sentencia absolutoria motivada por el triunfo de una excepción impedirá, sí, un segundo proceso en el que se ejercite, entre los mismos sujetos, la misma pretensión, es decir, cumplirá la función negativa o excluyente de cosa juzgada, pero tampoco proporcionará ninguna clase de declaración, decisión o juicio que pueda constituir punto de partida obligado para el órgano jurisdiccional que conozca de un proceso ulterior” (...) (DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.), II, ob. cit., p. 207). DE LA OLIVA SANTOS también hace referencia a la exclusión de la *excepción de compensación* de esta regla (“*la cosa juzgada no alcanza a las excepciones o defensas alegadas por el demandado*”) pero por unos motivos que, a nuestro juicio, no pueden ser aplicables al supuesto de la nulidad contractual (V. DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.), II, ob. cit., p. 206). V. también TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones. Jornadas sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ponencias), Murcia, 1997, p. 149.

(120) V. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A. *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), II, ob. cit., p. 92.

(121) En concreto, “cuando sólo se pida la absolución” (STS 19 noviembre 1994, R.8538), o esté “dirigida a enervar la acción ejercitada sin ningún otro pedimento” (STS 24 mayo 1969, R.2860), o “no (se utilice) con carácter ofensivo sino por vía de excepción” (STS 2 junio 1989, R.4283). V. también SSTS 22 febrero 1991 (R.1590), 18 junio 1991 (R.4523), 19 febrero 1992 (R.1320) y 19 noviembre 1994 (R.8538).

(122) Cf. SSTS 9 noviembre 1959 (R.4685); 8 junio 1965 (R.3768); 24 mayo 1969 (R.2980); 21 octubre 1980 (R.3102); 7 junio 1983 (R.3220) y 12 abril 1985 (R.1768).

(123) Sobre esta denominación, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Objeto del proceso*, ob. cit., p. 39 con cita de abundante doctrina. Por otro lado, DELGADO ECHEVARRÍA, de-

mandado, en su defensa, de hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en el que se funda la pretensión o pretensiones del actor (art. 408 LEC)⁽¹²⁴⁾.

20. Antes de concluir este subapartado, y en estrecha relación con la cuestión que acabamos de exponer, conviene poner de manifiesto un aspecto procesal que se repite en las sentencias de casación examinadas y que consiste en la relevancia que a juicio del Tribunal Supremo tiene el hecho de que en las sucesivas instancias —primera instancia y apelación⁽¹²⁵⁾— se hayan examinado, de una u forma, los aspectos fáctico— jurídicos de la nulidad.

Al respecto, trataremos de examinar si la carencia absoluta de debate contradictorio en el pleito pudiera estar condicionando la decisión final del Tribunal Supremo sobre la incongruencia declarada de la sentencia que pronunció la apreciación de oficio sin petición de parte y por el contrario, si la sentencia que se pronunció sobre la apreciación de oficio de una nulidad probada, o al menos suficientemente acreditada, si bien no pedida, está siendo declarada congruente por el Tribunal Supremo.

De esta forma, en las sentencias que han sido declaradas incongruentes por el Tribunal Supremo porque el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad podemos encontrar estas afirmaciones: “La nulidad *no ha sido aducida por dicho demandado*, ni por vía de excepción, ni por vía de reconvencción (que no ha formulado), la nulidad (*ni la radical o absoluta*, ni la relativa o anulabilidad) del expresado

fiende que “cabe observar, finalmente que el legislador, al regular el “tratamiento procesal de la nulidad del negocio” establece que, alegada como simple excepción por el demandado, el actor puede defenderse como si se hubiera formulado reconvencción (art. 408.2 Lec.): si consideraba admisible la apreciación de oficio debió igualmente mencionarla, abriendo un cauce para que las partes pudieran tomar posición frente a la iniciativa del Juez” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 116).

(124) Interpretan de forma amplia este precepto, DÍAZ-PICAZO, GIMÉNEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Madrid, 2001, p. 686; RICHARD GONZÁLEZ, M. *Reconvencción y excepciones reconvenccionales en la LEC 1/2000*, Madrid, 2002, ps. 106 y ss.; y de forma estricta, aplicado sólo a la nulidad absoluta; HOYA COROMINA, J. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Barcelona, 2000, p. 1864 y EGUSQUIZA VALMASEDA, M. A. “Cuestiones conflictivas”, ob. cit., p. 67; y una postura crítica sobre la redacción legal, V. TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros), Pamplona, 2001, p. 1371.

(125) CORDÓN MORENO, F. “El ámbito de la segunda instancia”. En: *Revista Aranzadi Civil*, N^o 2, 2008.

contrato, por lo que dicho tema *no ha sido objeto de debate en el pleito*, ya que las partes no han cuestionado en momento alguno la validez inicial del mismo” (STS 20 julio 1990); (...) “con lo que la incongruencia ha de acogerse y estimarse el motivo, tanto por resultar *nulidad no probada* y ser improcedente en la forma en que se planteó” (STS 20 junio 1996); “por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida, ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión *no debatida en los autos*, habiéndose, además, introducido en el debate un *hecho* no alegado por nadie como es la falta de representación que los codemandados” (STS 3 diciembre 2001).

Y, por el contrario, en las sentencias que han sido declaradas congruentes por el Tribunal Supremo a pesar de que el tribunal de instancia apreció de oficio la nulidad encontramos estas afirmaciones; “el recurrente parece apuntar a que la desestimación de la sentencia recurrida se ha producido por razones que no se han controvertido en la demanda y sin embargo lo cierto es que en su contestación la demandada alegó la nulidad de la cláusula por entrañar pacto comisorio en la hipoteca prohibido legalmente (folios 177 y 178 de los autos) (STS 18 febrero 1997); “la Audiencia Provincial declaró la nulidad de oficio porque los contratos indicados, atendida su causa concreta, resultan nulos por ilicitud de la misma, *al obrar acreditado* que, en definitiva, la finalidad de su celebración fue la compra por “C.P., S.A.” de los votos de determinados acreedores para su expresión en la junta de graduación” (...) en el supuesto debatido, desde la perspectiva de los hechos declarados probados en la instancia, la causa de los contratos está viciada por oponerse a las leyes y a la moral en su conjunto, y se eleva el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista y reprobable del convenio y, a su vez, la ilicitud de la causa descansa en la finalidad negocial inhumana o ilegal común a ambas partes” (STS 20 julio 2006); “el precepto procesal 359 no impide a los Tribunales decidir *ex officio*, la ineficacia de los negocios radicalmente nulos al presentarse *notoriamente ilegales*, es decir como aquí ocurre, en cuanto a que el contrato de edición celebrado incumplió una norma legal imperativa, aunque sea de naturaleza formal, que obligaba inevitablemente a su constancia por escrito” (STS 31 mayo 2005); la doctrina actual (...) es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación, cuando, como es el caso de autos, de inmuebles se trata, y así, (...) La doctrina expuesta supone que, incluso de admitirse (en contra del propio *factum* de la sentencia aquí recurrida, que lo descarta en el Fundamento Jurídico 7), que hubo animo de liberalidad y que la donación se perfeccionó con la aceptación del do-

notario, la donación sería inexistente por carecer de un requisito esencial cuál es la forma *ad solemnitatem* que impone el artículo 633 del Código Civil, sin posibilidad alguna de tildar de incongruente la sentencia” (STS 5 mayo 2008); “el análisis de ambos recursos pasa necesariamente por subrayar, como peculiaridad muy destacada del litigio que los origina y de las sentencias de ambas instancias, que para los respectivos juzgadores quedó *plenamente acreditado* el conocimiento por todos los litigantes de que mediante la escritura pública de compraventa entre padre e hijo nada se transmitía en realidad, pues tanto dicha escritura como el subsiguiente documento privado, precedidos a su vez de las capitulaciones matrimoniales de separación absoluta de bienes, obedecían a la exclusiva finalidad de crear una titularidad puramente formal o aparente (...), eran pura ficción en cuanto no había voluntad alguna de transmitir ni de adquirir ni medió precio alguno y tenían una finalidad exclusivamente defraudatoria a la Hacienda Pública de todas las operaciones llevadas a cabo el mismo día en la notaría (capitulaciones, escritura pública de compraventa y documento privado)” (...) “en consecuencia, tenían que haberse declarado nulas las disposiciones patrimoniales del convenio regulador por faltar los requisitos del art. 1261 CC, ya que quienes las suscribieron sabían que el disponente no era titular de los bienes transmitidos ni partícipe en comunidad alguna sobre los mismos, por responder la escritura pública y el documento privado de nueve años antes a una pura ficción” (STS 9 diciembre 2002).

De los pronunciamientos expuestos —en relación a la relevancia que para el Tribunal Supremo tiene la actividad probatoria desarrollada en la instancia sobre la causa de nulidad a los efectos de estimar, o no, la incongruencia de la sentencia que apreció de oficio la nulidad— podemos concluir que, en efecto, las sentencias de instancia en las que no consta en los antecedentes de hecho que las partes aportaron instrumentos probatorios que permitieron al tribunal apreciar de oficio la nulidad —sin petición de parte— el Tribunal Supremo las ha considerado incongruentes.

Por el contrario, en los demás supuestos, el Tribunal Supremo desestimó la incongruencia en casación de la sentencia de instancia que se pronunció sobre la nulidad de oficio y entendió que el Juez de instancia dispuso de actividad probatoria para apreciar la causa de nulidad pese a que la misma no fue solicitada por las partes.

En consecuencia, podemos concluir que la congruencia de la sentencia en estos supuestos de apreciación de oficio de la nulidad contractual parece derivar de la relación entre la decisión del tribunal de

instancia y la aportación de hechos y pruebas de las partes⁽¹²⁶⁾ por lo que lo decisivo, en estos supuestos, parece ser la acreditación o prueba de los hechos que producen la nulidad del contrato y no tanto las alegaciones de las partes.

21. Por último, antes de concluir este estudio de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre recursos de casación admitidos por incongruencia de la sentencia recurrida —si bien estimados o desestimados— nos resta referirnos al supuesto en el que el Tribunal Supremo *no ha admitido el recurso*, por carencia de fundamento, en un supuesto en el que el recurrente denunciaba la incongruencia de la resolución recurrida con base en haber apreciado de oficio, sin que ninguna de las partes lo solicitara, de la nulidad contractual por simulación respecto de un contrato de compraventa.

El Tribunal Supremo ha dictado auto, de fecha 13 julio 2010⁽¹²⁷⁾, en el que afirma que “dicho recurso incurre en la causa de inadmisión de carencia de fundamento (art. 473.2.2º de la LEC 2000) por cuanto ninguna incongruencia cabe apreciar en la resolución recurrida por las siguientes razones: a) porque la Sentencia de apelación es desestimatoria siendo doctrina reiterada de esta Sala que, en términos generales, las *sentencias desestimatorias* no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (SSTS 6-3-86, 16-10-86, 17-11-86, 22-11-86, 31-12-86, 21-4-88, 20-6-89, 3-7-89, 23-11-89, 27-11-89, 4-4-90, 16-7-90, 3-1-91, 30-10-91, 25-1-95 y 25-5-99, entre otras); b) porque ninguna incongruencia existe en la resolución recurrida, habiéndose limitado el Tribunal de instancia a dar respuesta a los pedimentos de las partes, pues basta examinar la resolución recurrida para comprobar que la misma en ningún momento aprecia de oficio, sin que ninguna de las partes lo solicitara, la nulidad contractual por simulación respecto del contrato de fecha 1 de diciembre de 1987, como afirma la parte recurrente, sino que ejercitada una *acción declarativa de dominio* por la actora, aportando como título el contrato de compraventa de fecha 15 de febrero de 1988, oponiendo la parte demandada en su contestación a la demanda la inoponibilidad del ese contrato y la existencia del contrato de fecha 1 de diciembre de 1987 que les configura como propietarios, procediéndose por la resolución recurrida, precisamente en atención

(126) El artículo 216 LEC también hace referencia a las “pretensiones de las partes”, elemento que en este supuesto no puede concurrir porque precisamente lo que caracteriza a la apreciación de oficio es la ausencia de petición por las partes.

(127) Id Cendoj: 28079110012010203530.

a sus pretensiones, en su Fundamento de Derecho Quinto, a examinar los títulos alegados, concluyendo, tras la *valoración de la prueba documental*, que el contrato de fecha 1 de diciembre de 1987 constituyó un negocio simulado, debiendo prevalecer el contenido del contrato suscrito el 15 de febrero de 1988, título en que fundamentan los actores la acción ejercitada, limitándose por tanto la resolución recurrida a resolver conforme a las pretensiones alegadas por las partes, tras la valoración de la prueba, sin alterar en ningún momento la *causa petendi* del procedimiento, tal y como exige la jurisprudencia (...) Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 483.4 y 473.2 LEC 2000, dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno”.

22. La inadmisión del recurso de casación en este supuesto presenta una notable diferencia sobre los supuestos que hemos examinado con anterioridad. En este caso el actor ha ejercitado una acción *declarativa de dominio*⁽¹²⁸⁾, sin embargo en los antecedentes de hecho de las sentencias recurridas en casación, a causa de la apreciación de oficio, el tipo de acción ejercitada ha sido *de condena*, tal y como puede extraerse de los antecedentes de hecho transcritos. Por este motivo no parece que la decisión adoptada por el Tribunal Supremo en el caso de acción declarativa de dominio pudiera ser aplicada a otros supuestos.

En cualquier caso, podemos apreciar de nuevo la trascendental importancia que, juicio del Tribunal Supremo, tiene la valoración probatoria de los instrumentos aportados por las partes en la apreciación de oficio de la nulidad (ambas partes aportaron como títulos los contratos de compraventa).

5.1.2. La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia

23. En el análisis que acabamos de realizar de los recursos de casación resueltos por el Tribunal Supremo hemos seleccionado, según advertimos, los supuestos en los que el recurrente alegaba incongruencia de la sentencia recurrida porque el tribunal de instancia se pronunció sobre una apreciación de oficio no pedida por ninguna de las partes. Pero en ocasiones el recurrente alega en casación la incongruencia de la sentencia recurrida porque el Tribunal *a quo* debió

(128) Sobre la acción declarativa de dominio y otros supuesto de tutela jurisdiccional declarativa, V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73.

declarar de oficio la nulidad de pleno derecho del contrato que sirvió de apoyo a la demanda, sin escudarse en que no hubo petición de las partes al respecto, y al no haber declarado dicha nulidad ha incumplido con el deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la Ley y ha infringido el artículo 6.3 del Código Civil y el artículo 24 de la Constitución⁽¹²⁹⁾. Y en este segundo supuesto es en el que nos detendremos a continuación para completar los argumentos que en sede casacional ha elaborado el Tribunal Supremo en torno al requisito de la congruencia de las sentencias y la apreciación de oficio de la nulidad contractual y también para examinar si hay contradicciones en la misma.

Examinemos las diferentes respuestas que el Tribunal Supremo ha dado a la cuestión referida.

a) La declaración de oficio de la nulidad contractual no supe la inactividad del actor: el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1993⁽¹³⁰⁾, rechazó el motivo de casación alegado por el recurrente que pretendía que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad del contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1985 al carecer el mismo de causa⁽¹³¹⁾. Afirma el Tribunal Supremo que “esta doctrina permisiva de la declaración de oficio por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos, no puede servir, por el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada por el Juzgador esa facultad, para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una *Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos* con las consecuencias restitutorias de ello derivadas. Por estas razones procede el rechazo del motivo”.

b) La declaración de oficio no procede cuando la nulidad está sujeta a conclusiones fácticas en función de las pruebas aportadas: el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de diciembre de 1993⁽¹³²⁾, rechazó el

(129) STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110001993100664); STS 30 diciembre 1993 (La ley 13649/1993); STS 12 diciembre 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100613); STS 25 septiembre 2006 (Id Cendoj: 28079110012006101133) y STS 4 septiembre 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100927).

(130) STS 15 diciembre 1993 (Id Cendoj: 28079110001993100664). En el mismo sentido, V. STS 18 julio 2006 (RJ, 2006, 4949).

(131) Sobre esta cuestión, V. STS 3 junio 1995 (RJ 1995, 5047), STS 13 julio 1995 (RJ 1995, 6005), STS 17 marzo 1997 (RJ 1997, 1978).

(132) STS 30 diciembre 1993 (La ley 13649/1993).

motivo alegado por el recurrente que pretendía que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad contractual por falta de representación bastante. Argumenta el Tribunal Supremo que “en este caso que tal apariencia de negocio jurídico sólo puede ser destruida con base en la *aportación de pruebas* que acrediten en forma eficiente esa falta de representación, ya que la buena fe que es exigible en todo negocio jurídico (art. 7.1 CC), requiere un especial y cuidado tacto en su apreciación cuando se trata de terceros afectados como parte contratante que están fuera, como en este caso, de esas relaciones *ad intra* de la propia cooperativa, *de donde se infiere que los Tribunales no tienen en estos casos instrumentos probatorios per se* a su alcance para apreciar esa nulidad radical que ahora se propugna y que no fue alegada en su momento por quien le correspondía”. En consecuencia el Tribunal Supremo defiende que “los contratos controvertidos no eran ni hipotéticamente nulos de pleno derecho, pues por tratarse de una cuestión de representación correcta o no, sujeta a unas *conclusiones fácticas en función de las pruebas aportadas*, no comportan esa nulidad por inexistencia o ser contrarios a la Ley, a la moral o al orden público o recaigan sobre *res extra commercium* y por ello incluso en los viciados por falta de representatividad bastante son susceptibles de ratificación, por lo que técnicamente aunque en principio nulos *han de ser objeto de prueba* de esa insuficiencia de representación como es imprescindible con mayor rigor jurídico que el que propugna el motivo (art. 1259 CC)”

c) *La apreciación de oficio de la nulidad contractual planteada como cuestión nueva es inadmisibles en casación*: la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000⁽¹³³⁾, desestimó el motivo alegado por la recurrente —relativo a la nulidad de pleno derecho del contrato base de la reclamación (que, en opinión de la recurrente, tendría que haberse apreciado de oficio)—, porque la cuestión planteada era *absolutamente nueva*, y por tanto inadmisibles en casación, y en consecuencia se imponía con toda evidencia su desestimación. El Tribunal Supremo argumentó la desestimación del siguiente modo: “en cuanto a la nulidad de pleno derecho del contrato, la falta de contestación a la demanda supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, *silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a*

(133) Id. Cendoj: 28079110002000100613. En el mismo sentido, V. STS 13 julio 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100606); STS 24 febrero 2010 (Id Cendoj: 28079110012010100071) y STS 18 julio 2006 (RJ, 2006, 4949).

prueba en segunda instancia". Además, concluye el Tribunal Supremo, "el motivo tercero carece de base alguna, pues lo que parece querer plantear la parte recurrente es el incumplimiento de la parte actora o, como mucho, la falta de contenido material del contrato".

d) *La mera referencia a la nulidad contractual en los escritos de las partes evita la consideración de "cuestión nueva" en casación.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de septiembre de 2006⁽¹³⁴⁾, discrepó del parecer del recurrente que entendía que la referencia a la declaración de nulidad constituía una cuestión nueva en casación porque los tribunales de instancia hubieran debido acudir al principio *iura novit curia* para declarar la nulidad que solicitaba. Sin embargo, a juicio del Tribunal Supremo no se trata de una cuestión nueva puesto que "en la contestación a la demanda, aun sin citar expresamente el artículo 6.3 CC, se opuso la nulidad del documento privado esgrimido en la demanda por ser legalmente imposible la división del lote de acuerdo con el Decreto 118/1973, de 12 enero, por el que se aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario [LRYDA] en función de la prohibición de enajenación y de división establecida en el artículo 31.1 de la expresada ley. Se decía expresamente que, "so pena de nulidad caso contrario" el adjudicatario no hubiera podido enajenar parcialmente el derecho adquirido por la voluntad de la primitiva titular, añadiendo que el artículo 31.2 de la LRYDA establecía que se declarará nula la transmisión si no concurrían en ella los requisitos establecidos". El recurrente fundó el motivo en que la Audiencia Provincial reconoció que el acuerdo de las partes habría de ser calificado como contrario a la Ley, por lo que debió declarar como nulo de pleno Derecho el acto contenido en el documento privado de 27 de febrero de 1981, dado que la Administración no había aprobado todavía la cesión de la madre a X y no era posible adjudicar la concesión a más de una persona ni cederla en todo en parte sin la autorización administrativa ni enajenarla. El Tribunal Supremo apreció que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta esta nulidad por lo estimó el recurso.

e) *La alegación en casación de la incongruencia de la sentencia recurrida por omitir la declaración de nulidad de oficio requiere su planteamiento previo en el recurso de apelación:* El Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de septiembre de 2007⁽¹³⁵⁾, desestimó el motivo de incongruencia de la sentencia recurrida alegado por el recurrente quien entendía que, no obstante su silencio respecto de otros hipotéti-

(134) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(135) Id Cendoj: 28079110012007100927.

cos vicios o defectos de la escritura, al demandar la nulidad por usura los tribunales debían haber decidido sobre ambas causas de usura. El Tribunal Supremo justificó su decisión en que “ante todo, este vicio de incongruencia no fue sostenido en apelación y la parte recurrente pretende ahora traer a casación una cuestión no planteada en su recurso de apelación que, como señalaba la STS de 18 de julio de 2001, ha quedado sustraída, por tanto, al conocimiento del tribunal de segunda instancia, lo que se rechaza en numerosas sentencias de esta Sala (Sentencias de 9 de octubre y 6 de noviembre de 2000, 5 de febrero, 26 de marzo y 14 de mayo de 2001, etc.) Ello bastaría para desestimar el motivo. Además de lo dicho, dos razones son determinantes de la desestimación (...) La primera, que no puede haberse infringido el deber de congruencia (...) cuando la parte solicitante *no aporta los datos* o elementos de hecho en que basa su pretensión, y *no hay en los autos el menor rastro de un intento de demostrar* que el interés percibido por el Banco prestamista fuera, en el caso, superior al normal del dinero en los términos en que lo exige el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura. No puede, por ello, pronunciarse sobre una cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el principio de contradicción procesal en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos de que se trate, ni puede un tribunal resolver, a menos que incurra en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas por las partes (STC 109/1985, de 8 de octubre; SSTS de 4 de mayo y 2 de noviembre de 1993, entre muchas otras) La nulidad de que estamos tratando no puede ser declarada de oficio (...) Pero *la causa de nulidad ha de ser probada por quien la sostiene* (STS 17 de julio de 1991, entre tantas otras) y, en el caso, la existencia de un interés “notablemente superior” al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 habría de haber sido *postulado, probado y debatido con la contraparte*”.

24. Tal y como hemos procedido en el subapartado anterior, una vez que hemos expuestos los fallos en los que el Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente, a petición del recurrente, sobre la congruencia de la sentencia de instancia que no había procedido a la declaración de oficio de nulidad contractual debemos ahora pronunciarnos sobre su coherencia interna.

Al respecto, entendemos que el Tribunal Supremo no incurre en contradicciones al elaborar la doctrina jurisprudencial relativa a la ausencia de apreciación de oficio de la nulidad llevada a cabo por los tribunales de instancia, sino que la misma es coherente procesalmente y

está fundamentada, en la mayoría de los casos, en razones de derecho procesal, al contrario que en el supuesto anterior.

Desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo ha entendido que la sentencia en la que el Juez no declaró de oficio la nulidad es congruente; porque el Juzgador no debe suplir la inactividad del actor declarando la nulidad del contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas (STS 15 diciembre 1993); porque tal apariencia de negocio jurídico sólo puede ser destruida con base en la aportación de pruebas que acrediten en forma eficiente esa falta de representación (STS 30 diciembre 1993); porque la cuestión planteada era absolutamente nueva, y por tanto inadmisibles en casación (...) la falta de contestación a la demanda supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia (STS 12 diciembre 2000); porque ante todo, este vicio de incongruencia no fue sostenido en apelación y la parte recurrente pretende ahora traer a casación una cuestión no planteada en su recurso de apelación (STS 4 septiembre 2007).

También desde el punto de vista procesal, el Tribunal Supremo ha casado la sentencia por entender que el Juez no declaró de oficio la nulidad y debía haberla declarado; cuando no se trata de una cuestión nueva puesto que en la contestación a la demanda, aun sin citar expresamente el artículo 6.3 CC, se opuso la nulidad del documento privado esgrimido en la demanda (STS 25 septiembre 2006) y, en el mismo supuesto, porque la Audiencia Provincial reconoció que el acuerdo de las partes habría de ser calificado como contrario a la Ley (por contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la LRYDA), por lo que debió declarar como nulo de pleno Derecho el acto contenido en el documento privado de 27 de febrero de 1981 (STS 25 septiembre 2006).

Desde el punto de vista material, el Tribunal Supremo declaró que el Juzgador actuó correctamente al no declarar de oficio la nulidad en los siguientes supuestos: ante el contrato de arrendamiento de 1 de marzo de 1985 al carecer el mismo de causa (STS 15 diciembre 1993); ante la nulidad contractual por falta de representación bastante (STS 30 diciembre 1993); ante la afirmación de la parte de la existencia de un interés “notablemente superior” al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 que no fueron alegadas ni probadas (STS 4 septiembre 2007).

Sin embargo, desde el punto de vista material, también el Tribunal Supremo entendió que el tribunal de instancia debió declarar la nulidad de un contrato para el que la Administración no había aprobado todavía la cesión de la madre a X y no era posible adjudicar la concesión a más de una persona ni cederla en todo en parte sin la autorización administrativa ni enajenarla (STS 25 septiembre 2006).

De las resoluciones del Tribunal Supremo podemos extraer la siguiente conclusión: en los supuestos en los que el recurrente alega la incongruencia de la sentencia por no haber declarado de oficio la nulidad contractual el Tribunal Supremo cuenta con un instrumento procesal que le permite rechazar este motivo sin entrar en la valoración que el tribunal de instancia hizo sobre la causa sustantiva de nulidad contractual. Este instrumento es, según hemos expuesto, la inadmisión de una cuestión nueva en casación. Por otro lado, en el supuesto en que el Tribunal Supremo ha casado la sentencia por motivos de derecho material podemos advertir que se trata de un supuesto en el que el Tribunal Supremo declara la nulidad de un contrato que a juicio de la Audiencia Provincial era ilícito pero que no declaró tal ilicitud.

En consecuencia, en ninguno de los pronunciamientos del Tribunal Supremo se mantiene una discrepancia con la interpretación sustantiva de las sentencias recurridas sobre la nulidad contractual y, por otro lado, el Tribunal Supremo dispone de nuevo de un mecanismo, esta vez de naturaleza procesal, por el que puede evitar la censura de la ausencia de apreciación de oficio si está de acuerdo con el resultado obtenido por la sentencia de instancia. En este caso le basta con afirmar que se trata de una cuestión nueva, y en cuanto tal, inadmisibles en casación.

25. Por último, del mismo modo que en el subapartado anterior, nos interesa dejar constancia, por ahora, de la influencia que sobre el pronunciamiento del Tribunal Supremo, a favor o en contra de la congruencia, pudiera tener no sólo el hecho de que la causa no hubiera sido alegada por la parte sino también el hecho de que la misma no hubiera sido objeto de prueba en la instancia y, en consecuencia, no procedía tal declaración.

Al respecto nos encontramos con los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en las resoluciones examinadas en este apartado: *los Tribunales no tienen en estos casos instrumentos probatorios per se a su alcance para apreciar esa nulidad radical que ahora se propugna y que no fue alegada en su momento por quien le correspondía* (STS 30 diciembre 1993); *no puede haberse infringido el deber de congruencia (...) cuando la parte solicitante no aporta los datos o elementos de hecho en que basa su pretensión, y no hay en los autos el*

menor rastro de un intento de demostrar que el interés percibido por el Banco prestamista fuera, en el caso, superior al normal del dinero en los términos en que lo exige el artículo 1º de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura (STS 4 septiembre 2007); “aunque, por las razones que acaban de ser dichas, debió necesariamente abstenerse de ello, la sentencia aquí recurrida entró a conocer de la referida cuestión (nulidad de oficio) y declaró expresamente que *no aparece probada la simulación de ninguno de los tres sucesivos contratos de venta de la farmacia*, instrumentados a través de las tres ya referidas escrituras públicas, respectivamente, ante cuya declaración expresa ha de tenerse en cuenta que es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), en cuanto *cuestión fáctica*, es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (STS 3 junio 1995); “la nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del artículo 6.3 CC no fue planteada en la demanda, como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, y, en consecuencia, no ha podido ser examinada, ni lo ha sido, por el Juzgado ni por la Audiencia Provincial” (STS 13 julio 2009).

De los pronunciamientos expuestos —en relación a la relevancia que para el Tribunal Supremo tiene la ausencia de actividad probatoria desarrollada en la instancia sobre la causa de nulidad a los efectos de estimar, o no, la incongruencia de la sentencia que *no apreció de oficio* la nulidad— podemos concluir que, en efecto, las sentencias de instancia en las que no consta en los antecedentes de hecho que las partes aportaran instrumentos probatorios que permitieran al tribunal apreciar de oficio la nulidad —sin petición de parte— el Tribunal Supremo las ha considerado congruentes por estimar que el tribunal de instancia actuó correctamente al no apreciar de oficio la nulidad.

Por el contrario, en los demás supuestos, el Tribunal Supremo desestimó la incongruencia en casación de la sentencia de instancia que se pronunció sobre la nulidad de oficio y entendió que el Juez de instancia dispuso de actividad probatoria para apreciar la causa de nulidad pese a que la misma no fue solicitada por las partes.

5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual

26. En los subapartados anteriores hemos examinado los pronunciamientos del Tribunal Supremo, a petición del recurrente, sobre la

apreciación de oficio, dictada u omitida por los tribunales de instancia, y, en concreto, nos hemos detenido en los aspectos técnicos relacionados con la congruencia de la sentencia.

Al hilo de este análisis, hemos ido conociendo cuales son, a juicio de la jurisprudencia más reciente, los supuestos de derecho sustantivo en los que procede la declaración de oficio de la nulidad contractual en los términos examinados con anterioridad —sin petición de parte y sobre los hechos que constan acreditados o probados en el proceso— y cuales son, por el contrario, los supuestos de derecho sustantivo en los que no procede dicha declaración de oficio.

Pero también al hilo del análisis de la congruencia de las sentencias recurridas, hemos ido conociendo la posición del Tribunal Supremo sobre la protección que merecen las garantías procesales de las partes en la declaración judicial de la nulidad contractual ya que ambas cuestiones —congruencia y garantías— están íntimamente relacionadas porque son directa consecuencia del principio de justicia rogada⁽¹³⁶⁾.

Procede, por tanto, que exponamos la doctrina jurisprudencia sobre ambas cuestiones comenzando por la primera, la relativa a los supuestos de derecho sustantivo en los que procede la declaración de oficio de la nulidad contractual, para seguir con la segunda, la relativa a la protección de las garantías procesales de las partes en la declaración judicial de la nulidad contractual.

De la exposición de la doctrina jurisprudencial podremos extraer una conclusión sobre el grado de aplicación efectiva de la tesis bipartita de la nulidad contractual así como conocer en qué medida el Tribunal Supremo considera que las garantías procesales de las partes afectadas por la declaración de nulidad contractual deben estar total-

(136) “El principio dispositivo significa que, en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad (...) En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y aportación de parte, el primero en cuanto el actor determina la iniciación del proceso y puede desistir. El cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición (STS de 7 de septiembre de 1999), de forma que las resoluciones de los Tribunales deben ajustarse a las peticiones de las partes derivadas de los hechos expuestos por las mismas, so pena de incurrir en incongruencia” [SAP Barcelona, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2002] (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 452).

mente protegidas sin que se admitan excepciones por razones de derecho sustantivo.

Es precisamente el carácter instrumental del Derecho Procesal que hemos defendido desde el inicio del trabajo —en el sentido de que su función es proteger el derecho sustantivo—, el que aconseja que comencemos este análisis exponiendo la doctrina jurisprudencial sobre los *supuestos excepcionales*⁽¹³⁷⁾, como hemos visto, en los que, a juicio del Tribunal Supremo, la protección de los derechos sustantivos implicados en la nulidad contractual reclaman cierta desprotección de las garantías procesales de las partes, en los términos que hemos visto con anterioridad; tras exponer esta doctrina, nos detendremos en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación a la improcedencia de la declaración de oficio de la nulidad contractual en el resto de los supuestos, en la generalidad de los mismos, porque así lo exige la protección de las garantías procesales⁽¹³⁸⁾.

a) Al respecto, ha afirmado el Tribunal Supremo en relación a dichos supuestos que la admisibilidad de la declaración de oficio de la nulidad contractual que “sólo circunstancias extraordinarias permiten que la solución del litigio se produzca *a costa de principios básicos del proceso* civil con dimensión constitucional” (STS 30 junio 2009)⁽¹³⁹⁾; y, en concreto, sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de negocios jurídicos sin haberla pedido ninguna de las partes, es cierto que tal posibilidad se admite por la jurisprudencia de esta Sala con base en el art. 6.3 CC (así, SSTs 3-12-01, 17-1-00, 18-2-97 y 15-12-93); pero no lo es menos que la misma jurisprudencia exhorta a la *prudencia y moderación* de los tribunales tanto a la hora de ejercer dicha facultad como a la de declarar la nulidad total en vez de la solamente parcial (p. ej. SSTs 10-4-07, 22-7-97 y 22-3-65), pues la sanción de nulidad debe reservarse para los casos en que concurren *trascendentales razones* que hagan *patente* el carácter del acto *gravemente* contrario a la ley, la moral o el orden público (SSTs 25-9-06, 27-2-04 y 18-6-02) (STS 30 junio 2009)⁽¹⁴⁰⁾; “la jurisprudencia reserva la posibilidad de declarar nulidad de oficio condicionada y controlada a determinados supuestos en que se haya constatado la existencia de pactos o cláusulas manifiestamente ilegales, contrarios a la moral, al orden público o

(137) Los contemplados en el siguiente apartado a).

(138) De la letra b) al final.

(139) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(140) Id Cendoj: 28079110012009100529.

constitutivos de delito” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁴¹⁾; “sólo cuando las cláusulas pactadas vayan manifiesta y contrariamente contra la Ley o moralidad podrán hacerlo, pero el decidir si hubo consentimiento contractual o no es materia que nada tiene que ver con la licitud y la moralidad” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁴²⁾; “esta Sala efectivamente ha declarado que cabe decretar de oficio la nulidad de los contratos, pero no de modo totalmente automático y abierto, sino controlada a los supuestos que la doctrina jurisprudencial establece sobre tal cuestión y en esta directriz a los Tribunales les compete poder decidir la nulidad de oficio, cuando la sinalagmática contractual se refiera a pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público o constitutivas de delito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria (Sentencias de 20 y 29-10-1949; 22 y 29-3-1963; 7-7-1986; 15-12-1993 y 20-6-1996)” (STS 28 febrero 2004)⁽¹⁴³⁾; “es claro que el dilucidar si un acuerdo de exigencia de responsabilidad al administrador de una sociedad se ha adoptado o no con arreglo al *quorum* legal está infinitamente alejado de la noción de orden público” (STS 11 abril 2003)⁽¹⁴⁴⁾; “según la jurisprudencia de esta Sala es posible, al amparo del art. 6.3 CC aunque no sin extremar la prudencia, apreciar de oficio la nulidad de un acto cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público (SSTS 18-2-97, 20-6-96, 9-5-94 y 26-6-82)” (STS 9 diciembre 2002)⁽¹⁴⁵⁾; “la posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de un contrato se supedita por la jurisprudencia de esta Sala a que así lo exija el interés público (STS 9-5-94), o a que las cláusulas del contrato en cuestión sean manifiestamente ilegales, contrarias a la moral o al orden público o constitutivas de delito (SSTS 20-6-96 y 24-4-97, entre otras muchas)” (STS 12 diciembre 2000)⁽¹⁴⁶⁾.

b) “Estas *circunstancias excepcionales* no concurren cuando la *resolución* del contrato, pedida por las partes, ya pone fin a la situación potencialmente incompatible con el Derecho comunitario de la competencia por lo que la nulidad de oficio del contrato no es la solución para resolver la supuesta incompatibilidad” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁴⁷⁾.

(141) Id Cendoj: 28079110012007100927.

(142) RJ, 2006, 4949.

(143) Id Cendoj: 28079110012004100126.

(144) Id Cendoj: 28079110002003100367.

(145) Id Cendoj: 28079110002002100108.

(146) Id Cendoj: 28079110002000100613.

(147) Id Cendoj: 28079110012009100529.

c) En cuanto a la declaración de oficio de la nulidad por infracción de ley, “el 6.3 CC proclama la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Separando los supuestos de aquellos actos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley, por una parte, y aquellos otros en los que, a pesar de ser contrarios a la ley, ésta ordena su validez, deben individualizarse aquellos actos que contrarían o faltan a algún precepto legal (sin hallarse incluidos en las anteriores categorías). Respecto de ellos *el juzgador debe analizar* la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la *declaración de la validez* del acto contrario a la ley *si la levedad* del caso lo permite reservando la sanción de nulidad se reserva para los supuestos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público (SSTS de 18 de junio de 2002 y 27 de febrero de 2004)” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁴⁸⁾

d) “La jurisprudencia declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes: artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios), procede únicamente declarar su *nulidad parcial* (SSTS de 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992 y 18 de marzo de 1998), doctrina aplicada al incumplimiento de disposiciones de naturaleza administrativa, entre otras, por la STS de 15 de febrero de 1991 (hasta la modificación de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad parcial de las compraventas de viviendas de protección oficial por precio superior al autorizado: SSTS de 3 de septiembre de 1992, seguida de otras). El CC no contiene una regla general sobre la nulidad parcial, pero son muy numerosos los artículos en los que se establece que la nulidad de una determinada cláusula o parte del negocio no afectará a la validez del negocio jurídico, teniéndola por no escrita, o bien que declaradas nulas no hacen nulo *el* negocio (artículos 641, 737, 767, 793, 794, 814, 865, 1155, 1260, 1316, 1317, 1476 y 1608 CC, entre otros)” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁴⁹⁾.

(148) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(149) Id Cendoj: 28079110012006101133.

e) “Son las partes litigantes quienes deben soportar las consecuencias de sus respectivos planteamientos sin que los jueces y tribunales deban en general subsanar sus errores ni suplir sus omisiones” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁵⁰⁾; “La *causa de nulidad ha de ser probada* por quien la sostiene (STS 17 de julio de 1991, entre tantas otras) y, en el caso, la existencia de un interés notablemente superior al normal del dinero, y las demás circunstancias que establece el artículo 1.II Ley de 23 de julio de 1908 habría de haber sido postulado, probado y debatido con la contraparte” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁵¹⁾.

f) “La celebración de todo contrato origina una, por lo menos, *apariencia contractual* que puede ser destruida por aquella parte a quien interese, mediante el ejercicio de la acción judicial pertinente en la que ha de demostrar la falta de cualquiera de los requisitos esenciales del contrato, contenidos en el art. 1261 del Código Civil (LEG 1889, 27). Dicho de otra manera, el órgano judicial podrá declarar la simulación si ello ha sido pedido y demostrado por el legitimado para ejercitar la acción, no pudiendo por tanto proceder de oficio. Es una cuestión de *puro interés privado*, en la que la jurisdicción no puede *entrometerse* actuando de oficio” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁵²⁾.

g) “Para que pueda ser, no ya estimado, sino ni siquiera estudiada y resuelta por el órgano jurisdiccional una acción cualquiera (en este caso, la de nulidad de contrato), es requisito ineludible, por exigencia imperativa del *principio de congruencia* (artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que la referida *acción haya sido ejercitada* por la parte correspondiente, lo que no ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, pues los actores, aquí recurrentes, que incluso, como ya se tiene dicho, ocultaron en su demanda la existencia de los contratos de venta de la farmacia, celebrados a través de las tres sucesivas escrituras públicas antes mencionadas, no han ejercitado en este proceso acción alguna de nulidad de dichos contratos por simulación (ni por ningún otro vicio), como lo evidencia lo siguiente: en el encabezamiento de su escrito rector del proceso dicen expresamente: “procedo a interponer demanda de división de cosa común y de rendición de cuentas”; en el relato de hechos (*causa petendi*) de su demanda, como acaba de decirse, no mencionan, ni siquiera de pasada, la existencia de ninguna de las tres referidas escrituras de venta; en el apartado de su demanda dedicado a los fundamentos jurídicos, no citan ningún

(150) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(151) Id Cendoj: 28079110012007100927.

(152) RJ, 2006, 4949.

precepto que guarde alguna relación con la nulidad de los contratos; y, por último, y lo que es más trascendente, en el *petitum* de su demanda no piden la declaración de nulidad de contrato alguno, sino que se limitan a postular se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos (sintéticamente aquí expuestos): (...) 2.^a Para que pueda decretarse la nulidad de un contrato (por simulación o por cualquier otro vicio esencial) es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o demandados, respectivamente) de todos los que en dicho contrato intervinieron como partes contratantes o sus causahabientes, requisito que aquí tampoco aparece cumplido, pues en el proceso a que este recurso se refiere no han sido demandados los que en las escrituras públicas de intervinieron como partes contratantes, concretamente P. R. que fue el comprador en la primera de ellas y el vendedor en la segunda, y A. R. que fue comprador en la segunda y el vendedor en la tercera de las mencionadas escrituras. 3.^a Aunque, por las razones que acaban de ser dichas, debió necesariamente abstenerse de ello, la sentencia aquí recurrida entró a conocer de la referida cuestión y declaró expresamente que no aparece probada la simulación de ninguno de los tres sucesivos contratos de venta de la farmacia, instrumentados a través de las tres ya referidas escrituras públicas, respectivamente, ante cuya declaración expresa ha de tenerse en cuenta que es consolidada y uniforme doctrina de esta Sala la de que la apreciación de la existencia o no de simulación contractual (absoluta o relativa), *en cuanto cuestión fáctica*, es de la exclusiva incumbencia de los *juzgadores de la instancia*, cuya apreciación probatoria ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello (Sentencias de 14 febrero 1985 [RJ 1985, 553], 12 febrero y 1 julio 1988 [RJ 1988, 942 y RJ 1988, 5550], 7 marzo y 22 junio 1989 [RJ 1989, 2021 y RJ 1989, 4776], 9 junio 1990 [RJ 1990, 4748], 28 febrero y 24 junio 1991 [RJ 1991, 1605 y RJ 1991, 4577] y 29 enero 1992 [RJ 1992, 275], entre otras muchas), y en el presente supuesto litigioso no se ha producido la *desvirtuación de la expresada conclusión probatoria* (inexistencia de simulación contractual), obtenida por la sentencia recurrida, al carecer de idoneidad para ello, el motivo aquí examinado en los términos en que el mismo aparece planteado, por lo que la expresada sentencia no ha incurrido en la infracción de los preceptos, ni de la doctrina jurisprudencial que en el mismo invocan los recurrentes” (STS 3 junio 1995)⁽¹⁵³⁾.

(153) RJ 1995, 5047.

h) “La sentencia de instancia llega a la conclusión de que la causa del contrato es ilícita e inmoral, por trasgresión de los artículos 1274 y 1275 del Código Civil, por lo que declara su nulidad de oficio. En lo que hace mención a la infracción del artículo 1274, procede declarar que la conceptualización jurídica de la causa constituye una cuestión susceptible de ser revisada en casación, siquiera esta Sala ha declarado reiteradamente que es facultad peculiar de los *Tribunales de instancia*, en cuanto depende de la apreciación que éstos hagan de las pruebas aportadas al juicio, la estimación de los *elementos de hecho* sobre los cuales ha de basarse la deducción y declaración relativa a la existencia de la causa y, en su caso, a su falsedad e ilicitud (entre otras, SSTs de 19 de mayo de 1981, 1 de abril de 1982 y 5 de marzo de 1987)” (STS 20 julio 2006)⁽¹⁵⁴⁾.

i) “La nulidad de que estamos tratando no puede ser declarada de oficio (nulidad por usura por la causa del artículo 1, párrafo 2º de la Ley de 23 de julio de 1908 (diferencia entre la cantidad declarada en la escritura y la realmente percibida), la Sala no sólo no puede entrar en otras causas de nulidad, sino que hubiera incurrido en incongruencia *extra petita*, que, como ha dicho la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 1987, se refiere (SSTC 29/1987, de 6 de marzo; 142/1987, de 23 de julio, entre otras) a que no puede el Tribunal decidir sobre cosa distinta, derivada de la modificación, alteración o sustitución del presupuesto de hecho, básico para la *causa petendi*, respecto del cual el Juez no tiene poder de disposición (STC 128/1989 de 12 de julio), debiendo ajustarse al objeto del proceso. (...) No puede, por ello, pronunciarse sobre una cuestión no alegada ni discutida, porque ello supone, en definitiva, violar el *principio de contradicción procesal* en cuanto no se da a la parte la oportunidad de oponerse o discutir sobre el punto o puntos de que se trate, ni puede un tribunal resolver, a menos que incurra en incongruencia, más cuestiones jurídicas, ni menos, que aquellas que le son formuladas por las partes (STC 109/1985, de 8 de octubre; SSTs de 4 de mayo y 2 de noviembre de 1993, entre muchas otras)” (STS 4 septiembre 2007)⁽¹⁵⁵⁾

j) “La sentencia de apelación que acabó privando del usufructo a la apelante vencedora en la segunda instancia, y por tanto de la posesión de la estación de servicio, con base en una nulidad de todo el complejo negocial que ninguna de las dos partes había interesado ni planteado, infringe el art. 359 LEC de 1881 y la doctrina jurisprudencial y consti-

(154) La ley 77280/2006.

(155) Id Cendoj: 28079110012007100927.

tucional sobre la proscripción de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa en contra del recurrente. La doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de la Sala Civil sobre los *principios rectores del recurso de apelación*, que pueden sintetizarse en que tal recurso es de cognición plena o plena jurisdicción, en el sentido de que permite un nuevo juicio sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del litigio, pero con los límites que impone la prohibición de la reforma peyorativa, esto es la modificación de la sentencia apelada en perjuicio del apelante, y el principio de que el tribunal de apelación sólo debe conocer de aquello de lo que se apela (*tantum devolutum quantum appellatum*). Se trata, en suma, de manifestaciones en la segunda instancia del principio de congruencia de las sentencias, con dimensión constitucional por afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a no sufrir indefensión que se proyecta en el régimen de garantías legales de los recursos (por todas STC 279/05, con cita de otras muchas). Aquellos principios aparecen hoy muy claramente incorporados a la LEC de 2000 en su art. 465.4, que a su vez debe ponerse en relación con el art. 456.1 por cuanto, al limitar el recurso de apelación a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, prohíbe la introducción de cuestiones nuevas en apelación. Y aunque no tenían una formulación expresa en la LEC de 1881, la jurisprudencia de esta Sala los reconocía sin vacilaciones, tanto con base en la congruencia exigida a todas las sentencias por el art. 359 como por la interpretación sistemática de las normas reguladores de la llamada adhesión a la apelación en cada tipo de juicio y, lógicamente, por la dimensión constitucional ya mencionada (SSTS 10-12-08, 26-9-06, 12-6-06, 24-5-04 y 5-5-04 entre otras muchas)” (STS 30 junio 2009)⁽¹⁵⁶⁾.

k) “En cuanto a la nulidad de pleno derecho del contrato, la *falta de contestación a la demanda* supuso, ya de entrada, que tal nulidad no se alegase oportunamente, silencio insubsanable por la mera alusión que a tal nulidad se hizo luego en el escrito de solicitud de recibimiento a prueba en segunda instancia (...) También esta Sala tiene declarado que la admisión de la prueba propuesta en segunda instancia por el demandado rebelde en la primera “se halla condicionada expresa y legalmente a que la misma sea pertinente” (STS 14-2-2000 en recurso 1549/95) (...) Y por otro lado, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional no puede alegarse indefensión cuando ésta sea debi-

(156) Id Cendoj: 28079110012009100529.

da en realidad a pasividad, negligencia o desinterés de la propia parte (SSTC 18/96, 137/96, 94/97, 140/97 y 82/99), el rechazo del motivo no viene sino a corroborarse, pues al fin y a la postre lo que pretendió la parte recurrente no fue otra cosa que trasladar a la segunda instancia la contestación a la demanda y la prueba que ella misma había *omitido voluntariamente* en la primera” (STS 12 diciembre 2000)⁽¹⁵⁷⁾.

l) “Esta Sala tiene declarado que no cabe en casación el planteamiento de *cuestiones nuevas*, no suscitadas en los escritos expositivos del pleito, por coherencia con los principios de preclusión y audiencia de parte contraria, que se ve imposibilitada de alegar y probar, por las características de la casación, frente a las afirmaciones o negaciones de la contraparte (SSTS de 28 de diciembre de 1999, 31 de diciembre de 1999 y, entre las más recientes, 26 de abril de 2005, 7 de noviembre de 2005, 30 de junio de 2006, 18 de julio de 2006 y 4 de septiembre de 2006). Y al respecto entiende que la cuestión relativa a la declaración de oficio de la nulidad que plantea el recurrente no es una cuestión nueva porque en la contestación a la demanda se hacía referencia a dicha nulidad” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁵⁸⁾. El Tribunal Supremo rechaza el motivo de casación alegado (nulidad de oficio del contrato) “porque implica traer a esta casación una cuestión nueva no planteada ni disentida en la instancia y con una sustancial modificación del componente jurídico de la acción ejercitada que no puede ser amparada por el principio *iura novit curia*, ya que la aplicación de los preceptos que se dicen infringidos excede de las facultades que corresponden al Juzgador al amparo de citado principio y produciría una clara indefensión para las otras partes litigantes (...) y porque el Juzgador no puede ejercer en este caso la facultad (de declarar de oficio la nulidad del contrato), para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una Sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas” (STS 15 diciembre 1993)⁽¹⁵⁹⁾. “Sucede, además, que el recurrente, en su día actor, no formuló en su demanda ninguna acción de simulación, y ahora en casación lo hace, incurriendo en conducta procesal vedada reiteradamente por esta Sala, que ha declarado que no cabe en casación el planteamiento de cuestiones nuevas, no suscitadas en los escritos expositivos del pleito,

(157) Id. Cendoj: 28079110002000100613.

(158) Id Cendoj: 28079110012006101133.

(159) Id Cendoj: 28079110011993102422.

por coherencia con los principios de preclusión y audiencia de parte contraria, que se ve imposibilitada de alegar y probar, por las características de la casación, lo que le convenga frente a las afirmaciones o negaciones extemporáneas de la contraparte (sentencias de 28 [RJ 1999, 9378] y 31 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9756] , 26 de abril [RJ 2005, 3764] y 7 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7719] , entre otras). Por todo ello se desestima el motivo, que el recurrente dice que se formula como subsidiario del tercero” (STS 18 julio 2006)⁽¹⁶⁰⁾. “La nulidad de pleno derecho del contrato por aplicación del artículo 6.3 CC por ser contrario a una norma imperativa consistente en la prohibición de limitaciones a la competencia establecida en el artículo 81 TCE puede entenderse planteada en el escrito de preparación (en el que se citaba este último precepto), pero no fue planteada en la demanda, como se pone de manifiesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, y, en consecuencia, no ha podido ser examinada, ni lo ha sido, por el Juzgado ni por la Audiencia Provincial, que únicamente han tenido en consideración la petición de declaración de nulidad del contrato derivada de la indeterminación del precio. En consecuencia, constituye una cuestión nueva que no puede ser examinada en casación sin vulnerar los principios de contradicción y defensa ni contradecir el principio de especialidad en el que se funda el recurso de casación, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia de esta Sala” (STS 13 julio 2009)⁽¹⁶¹⁾.

m) “El presente recurso de casación debe ser desestimado por las mismas razones que los recursos N° 1904/04 y 1048/04 por sentencias de esta Sala de 23 y 29 de junio de 2009 respectivamente; en definitiva la actora-recurrente, mediante una demanda que ha sido desestimada en ambas instancias, pretende que tres contratos consecutivamente celebrados en 9 de mayo de 1989, 1 de agosto de 1989 y 1 de marzo de 1990 sobre otras tantas estaciones de servicio los cuales se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE N° 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformen en unos contratos diferentes por aplicación del citado Reglamento N° 2790/99 pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su *incompatibilidad con el art. 81 CE*. Semejante pretensión es de todo punto inviable porque, como se señaló en las referidas sentencias de esta Sala, ese cambio de régimen no está previsto en los contratos, hasta el punto que en éstos se configura como facultad exclusivamen-

(160) RJ, 2006, 4949.

(161) Id Cendoj: 28079110012009100606.

te de la compañía abastecedora, y tampoco es la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión, pues la consecuencia procedente sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrída de un régimen diferente del pactado. Lo antedicho no queda desvirtuado ni por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los requisitos para que contratos próximos o similares a los aquí litigiosos queden exentos de la sanción de nulidad prevista en el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) ni por la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, jurisprudencia esta última invocada en el tercer motivo del recurso, pues la doctrina de esta Sala verdaderamente aplicable al caso es la que en litigios sobre contratos similares a los aquí examinados se muestra contraria a la apreciación de oficio de la nulidad *al margen de las pretensiones iniciales de las partes* y, más todavía, a que en el recurso de casación se plantee un litigio diferente del planteado en primera instancia (STS 30-6-09, en rec. 369/05, FJ 6º, que cita las SSTS de 2-6-00, 15-3-06 y 6-10-06). La improcedencia de sustituir en este caso lo que la parte actora-recurrente pidió en su demanda por la nulidad que sugiere en su recurso, cierto es que sin mucha convicción puesto que las peticiones del escrito de interposición insisten en la estimación de su demanda, es especialmente manifiesta porque, dado el largo tiempo durante el que se ha mantenido la relación contractual entre ambas partes litigantes, nada excluye que las consecuencias legales de la nulidad de los contratos pudieran resultar insatisfactorias para la parte recurrente, corriéndose el riesgo de infringir tanto el principio de congruencia como el de prohibición de reforma peyorativa o más gravosa para el recurrente” (STS 24 febrero 2010)⁽¹⁶²⁾.

n) “El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida al no haber declarado la nulidad de la cláusula contraria a lo dispuesto en la LRYDA⁽¹⁶³⁾. La estimación del recurso de casación conllevó la asunción por la Sala de casación de las facultades de instancia en virtud de las cuales estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimó la pretensión principal formulada en la demanda y estimó la petición subsidiaria consis-

(162) Id Cendoj: 28079110012010100071.

(163) El recurrente interpuso recurso de casación al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

tente en que se indemnizara al demandante por el valor económico de la mitad del lote (...) que se fijará en ejecución de sentencia atendiendo al valor actualizado que, de no existir acuerdo, se determine por el Juzgado *teniendo en cuenta las pruebas obrantes* en el proceso y las que puedan acordarse al efecto, y a desestimar las demás pretensiones reducidas en la instancia” (STS 25 septiembre 2006)⁽¹⁶⁴⁾.

p) “La consecuencia de estimar el recurso extraordinario por infracción procesal no debe ser ninguna de las propuestas por la parte recurrente, esto es, reposición de las actuaciones para que vuelva a dictarse sentencia de apelación sin considerar de oficio la posible nulidad del complejo negocial o celebración de nueva vista ante el tribunal de apelación para que las partes puedan ser oídas acerca de dicha nulidad, sino la que impone la ley procesal de obligado cumplimiento, que para el presente caso es la regla 7ª de la D. Final 16ª LEC de 2000, toda vez que el tribunal de apelación se pronunció sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho del litigio por más que añadiera de oficio otra ajena al debate. De ahí que una reposición de actuaciones en el sentido que propone la propia parte demandada-reconviniente cuyo recurso por infracción procesal se estima carezca de sentido, pues *no cabe audiencia sobre la nulidad negocial si ésta es cuestión nueva en apelación*, y no procede nueva sentencia de apelación si todos los elementos necesarios para resolver las cuestiones litigiosas planteadas por las partes se contienen ya en la propia sentencia de apelación recurrida, cuyo silencio sobre el desahucio instado en la reconvencción no es más que una consecuencia lógica de la declaración de nulidad del usufructo y no una incongruencia omisiva como se alega en el recurso estimado. Lo que procede, en suma, es dictar nueva sentencia (...) Consecuencia final y lógica de que la nulidad del complejo negocial litigioso haya quedado al margen del proceso (en la instancia) tiene que ser la posibilidad de que la parte actora-reconvenida promueva otro juicio en el que, precisamente por incompatibilidad de ese complejo negocial con el Derecho comunitario, plantee la nulidad del usufructo constituido a favor de R. Se trata de una solución no muy distinta de la adoptada por esta Sala en su ya citada sentencia de 2-6-00 (rec. 2355/95) dejando abierta entonces la posibilidad de que el “concesionario” de la estación de servicio pudiera promover un juicio ulterior solicitando indemnización de daños y perjuicios por culpa *in contrahendo* de la compañía abastecedora (FJ 9º, párrafo último), y, además, no desautorizada por la LEC de 1881, bajo cuyo régimen se

(164) Id Cendoj; 28079110012006101133.

interpusieron demanda inicial y reconvencción, al no contener aquélla ninguna norma equivalente a la del párrafo primero del apdo.1 del art. 400 LEC de 2000⁽¹⁶⁵⁾ (STS 30 junio 2009)⁽¹⁶⁶⁾.

q) “El TS entiende que en este caso no cabía la apreciación de oficio puesto que sí hay objeto del contrato (aunque no preciso): no cabe aplicar esta doctrina porque *no encaja en los supuestos* y además produce *alteración de la causa de pedir*. La acogida de los motivos que se dejan estudiados impone a esta Sala de Justicia, conforme al artículo 1715-3º de la Ley Procesal Civil, resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate y por ello ha de acogerse la demanda, debiendo en trámite de ejecución de sentencia ubicarse la nave que se discute, dentro del ámbito perimetral del polígono de referencia, y toda vez que quedó fijado en 2.755.826 pesetas la parte de precio que tiene abonado la recurrente, deberá satisfacer la diferencia que queda respecto al precio fijado en el contrato (17.500.000,-pts), es decir 4.744.174 pesetas” (STS 24 abril 1997)⁽¹⁶⁷⁾.

5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad

27. De la doctrina jurisprudencial sobre la apreciación de oficio de la nulidad contractual, que hemos examinado con anterioridad, podemos deducir que el postulado de la tesis bipartita sobre esta facultad jurisprudencial por el que lo considera como uno de los elementos característicos del régimen procesal de la nulidad contractual, ha pasado definitivamente a la historia.

Pero tras constatar esta realidad, y tras exponer su régimen procesal, no podemos dar por concluido nuestro estudio ya que aún resta por tratar una cuestión, relacionada con la referida superación de la

(165) Conviene indicar, al respecto, que “en la actualidad, el art. 400 Lec. 2000 introduce una novedosa regla de “preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos” de gran incidencia en esta materia. La regla recoge una aspiración doctrinal basada en razones de seguridad jurídica y evitación de procesos innecesarios (vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. 2001 a, 668, con cita de DE LA OLIVA). La consecuencia práctica más importante es la de que la cosa juzgada comprenderá los fundamentos jurídicos de nulidad que pudieron aducirse pero no se adujeron en un proceso. La causa de pedir no podrá ser tenida en cuenta en el proceso porque no se ha alegado, pero tampoco en un proceso posterior por alcanzarle la cosa juzgada” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 4).

(166) Id Cendoj: 28079110012009100529.

(167) Id Cendoj: 28079110001997100643.

tesis bipartita, que es precisamente la relativa a las consecuencias jurídicas de la nulidad declarada de oficio por el juzgador⁽¹⁶⁸⁾.

Tal y como expusimos en el apartado III de este trabajo, la tesis bipartita parte de una ficción consistente en identificar el contrato nulo con la inexistencia del contrato y, en consecuencia, considera innecesarias las actuaciones procesales al proyectarse sobre la nada jurídica. En el análisis de la jurisprudencia hemos podido constatar que la nulidad contractual, también la radical o absoluta, cuando accede a la sede jurisdiccional es objeto de alegaciones y pruebas de las partes, en mayor o menor medida según el supuesto material, y el juzgador se pronuncia sobre los elementos fácticos y jurídicos aportados al proceso. Desde esta perspectiva procesal, en la que presenciamos los elementos propios de cualquier acción declarativa (sujetos, *causa petendi* y *petitum*) difícilmente podemos mantener que la nulidad contractual no existe ni ha existido.

Por otro lado, esta constatación de la existencia del contrato nulo, desde el punto de vista del derecho procesal, se fortalece aún más si consideramos que, como ha entendido el Tribunal Supremo, la declaración de oficio por el tribunal de instancia de la nulidad del contrato en el que las partes fundamentaron sus pretensiones comporta no sólo la destrucción de la apariencia jurídica de dicho contrato sino también la restitución de lo entregado⁽¹⁶⁹⁾. Las entregas que realizaron las partes como consecuencia del contrato nulo, la restitución de las mismas, como consecuencia de la declaración de nulidad⁽¹⁷⁰⁾, y las dificultades inherentes a la liquidación de la situación procedente del contrato nulo, son elementos fácticos difícilmente conciliables con la pretendida inexistencia del contrato nulo y, más aún, con la pretendi-

(168) Afirma la STS de 11 de febrero de 2003 que “la acción de nulidad es declarativa y no constitutiva, de ahí que, conforme al CC, habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad (el momento es aquel en que pos su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hizo irreivindicable) y no el de la sentencia que así lo declara, limitándose a constatar una situación preexistente de la que dimana la obligación de restituir” (V. FERNÁNDEZ GIL, C. *La Ley de Enjuiciamiento Civil comentada*, ob. cit., p. 73).

(169) Sobre este tema, V. DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 3^a, op. y loc. cit.).

(170) Lo que no significa que la misma sea necesaria; al respecto, defiende DELGADO ECHEVARRÍA en relación a la anulabilidad, que “conviene destacar que si se entiende, como hacemos aquí, que el contrato anulable es inválido desde su origen, no es imprescindible una declaración judicial que haga constar esta invalidez” (DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a. A. *De las nulidades de los contratos*, Parte 2^a, op. y loc. cit., p. 32).

da innecesariadad de las actuaciones jurisdiccionales porque en estos supuestos opera el ministerio de la ley.

Como muestra de lo expuesto, adelantamos las palabras del Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 2009⁽¹⁷¹⁾, referidas a dicha liquidación: “dada la complejidad de las cuestiones que el tema suscita, la conveniencia de observar el principio de contradicción al no existir un planteamiento claro al respecto, y la imposibilidad de diferir la cuestión a ejecución, aconseja remitir la temática en exclusiva (efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad) al juicio declarativo que la parte interesada estima pertinente plantear”.

28. No obstante, a continuación traemos a colación un ejemplo, entresacado de la práctica forense, que nos permitirá ilustrar en mayor medida las señaladas consecuencias derivadas de la declaración de oficio así como las dificultades inherentes a su concreta determinación y la cierta complejidad que, en ocasiones, pueden mostrar las actuaciones jurisdiccionales en esta materia. Para ello expondremos una síntesis de los Antecedentes de Hecho y los Fundamentos de Derecho de la STS 26 julio 2000⁽¹⁷²⁾.

Los demandantes (compradores) formulan demanda frente a los demandados (vendedores) solicitando al Juzgado de Primera Instancia de Ibiza (JPI) que declare (1) resuelto el contrato de compraventa de 1 de marzo de 1990 y (2) condene a los demandados a una indemnización de 22.689.179 pts (por los conceptos que se desglosan) en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios por el incumplimiento (3) así como a la cantidad que resulte del lucro cesante, a determinar en ejecución de sentencia. Los demandados solicitaron la absolución y formularon reconvencción interesando (1) la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de los demandados en el pago del precio (2) se les obligue a dejar libre y a disposición de la propiedad la finca y vivienda señalando plazo para la entrega de la misma y, de acuerdo con lo convenido en el contrato (3) se determine que los vendedores harán suyas las cantidades percibidas a cuenta del precio en concepto de daños y perjuicios, con condena expresa al abono de intereses desde que incurrieron en mora los demandados. Con carácter alternativo, y para el caso de que el incumplimiento de los demandados no se considerara causa suficiente de resolución, se interesa la condena de los demandados al cumplimiento del contrato, obligándo-

(171) Id Cendoj: 28079110012009100239.

(172) Id. Cendoj: 28079110002000100990.

seles al pago inmediato del importe de 13.500.000 pts. a que asciende el resto del precio de la compra, otorgándose la escritura pública una vez efectuado el pago, y asimismo se pide la condena al pago de todos los daños y perjuicios, e intereses dejando para ejecución de sentencia el establecimiento de las bases para la liquidación y *quántum*.

El JPI estimó parcialmente la demanda con los siguientes pronunciamientos: 1) declara la nulidad del contrato de compraventa por contrariar normas urbanísticas imperativas; 2) como consecuencia del derecho que acreditan los actores, se condena a los demandados a que *restituyan la prestación que como precio* del contrato hicieron efectiva y otras por la realización de obras de ampliación según lo que resulte del estado general de cuentas firmado por la parte codemandada obrante al documento fundamental número tres de la demanda (17.795.000 pts), 3) así como de los daños morales (500.000 pts) sin intereses moratorios por no haberse solicitado y (4) se les resarza de las demás utilidades efectuadas en la porción de tierra segregada (811.190 pts) también sin intereses por no haberse solicitado (...). Se desestiman los pedimentos de la demanda en su cuantía restante (...) y se desestima totalmente la reconvencción formulada por la representación procesal de las partes codemandadas personadas, absolviendo a los actores de los pedimentos contenidos en aquélla. Se establece el interés del apartado cuarto del art. 921 LEC en relación con las cantidades expresadas, a partir de la fecha en que debiera alcanzar firmeza la sentencia.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, conociendo del recurso de apelación, desestima dicho recurso y confirma íntegramente la resolución del Juzgado.

Los demandados formularon recurso de casación articulado en cuatro motivos, todos ellos al amparo del N° 4° del art. 1692 LEC (...) En el motivo tercero, con igual amparo que los motivos anteriores, se denuncia violación por aplicación e interpretación errónea del art. 1303 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo ha interpretado y por inaplicación de los arts. 454 y 455 del Código Civil. (...)

El Tribunal Supremo, aplicando la normativa expuesta al caso de autos, hizo las siguientes apreciaciones:

- a) Obviamente son inaplicables al caso los arts. 454 y 455 CC (...) porque dichos preceptos hacen referencia a las mejoras de puro lujo o mero recreo (art. 454) y al poseedor de mala fe (art. 455) que no se acomodan al caso, pues ni se razona el supuesto de las primeras, ni se puede considerar poseedor de mala fe a los compradores”;

- b) Resulta incuestionable que debe acordarse el reintegro de las sumas pagadas como precio de la finca (y obra de ampliación), e intereses moratorios, todo ello en los términos acertados que argumenta la Sentencia recurrida;
- c) Inexplicablemente en el fallo objeto de recurso no se recoge ningún pronunciamiento relativo a la devolución de la finca (con las obras de ampliación, y utilidades a cuya indemnización se condena), por lo que en tal extremo debe estimarse el planteamiento de la parte recurrente;
- d) No procede disponer el reintegro de los frutos porque, entendidos en su sentido técnico, la finca no los produce; y por otro lado no cabe indemnizar por la hipotética ventaja económica derivada de la tenencia de la finca, por no haberse dado las condiciones para disfrutar de la misma, sin que sea suficiente al respecto la mera posesión o tenencia;
- e) En lo que atañe a las denominadas en la Sentencia impugnada “gastos y utilidades” no procede entrar en su análisis, porque el tema relativo a los gastos necesarios y gastos o mejoras útiles no se ha planteado adecuadamente;
- f) El tema relativo a las obras de ampliación no merece especial comentario, porque su realización fue condición del contrato, e incluso su construcción se efectuó por la propia parte recurrente;
- g) Por último, en cuanto al daño moral tienen razón los recurrentes de que no cabe acordar la indemnización alguna por tal concepto. Aunque en tal materia se tiende a evolucionar hacia concepciones más amplias (...) y la Jurisprudencia de esta Sala no es ajena a la admisión del daño moral indemnizable (...) sin embargo tal doctrina no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual (...) Era preciso, por consiguiente que se explicitase la base fáctica que permitiese emitir el juicio de valor, lo que no se da en el supuesto que se examina, por lo que debe acogerse el recurso en tal extremo.

Como consecuencia de lo razonado, el Tribunal Supremo estimó en parte los motivos tercero y cuarto, y, por lo tanto, casó y anuló parcialmente la Sentencia recurrida, y revocó en la misma medida la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia, en el sentido siguiente: 1.- Como consecuencia de la nulidad contractual declarada, los actores deberán reintegrar a los demandados la finca objeto del contrato de compraventa (con las obras de ampliación y las utilidades respecto de las que se acordó el resarcimiento); y, 2.- No ha lugar a la condena indemni-

zatoria por daño moral fijada en aquellas resoluciones (apartado C del fallo del Juzgado).

29. Apreciadas las dificultades fácticas y jurídicas que surgen en esta cuestión pasaremos a examinar la doctrina jurisprudencial pronunciada al respecto.

- a) *Es congruente la sentencia que, una vez que ha declarado la nulidad de oficio, se pronuncia de oficio sobre la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido objeto del contrato.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de noviembre de 2005⁽¹⁷³⁾, afirma que “es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (...) la que señala que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1303 del Código Civil (...) por lo cual (la obligación de devolver) no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio “iura novit curia”, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido”.
- b) *Declarada la nulidad contractual en la instancia resulta totalmente improcedente la reserva judicial de acciones civiles derivadas de la declaración de nulidad.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de julio de 2009⁽¹⁷⁴⁾, solventa en casación los efectos liquidatorios derivados de la nulidad contractual declarada en la instancia, sobre los que no se habían pronunciado las resoluciones de instancia por haber admitido la reserva judicial de acciones en relación a la reclamación judicial de las consecuencias derivadas de la nulidad contractual; el Tribunal Supremo considera contradictoria e inoportuna esta reserva y, en trance de instancia, adopta los acuerdos relativos al artículo 1303 del Código Civil.
- c) *Procede remitir a las partes el planteamiento del juicio que corresponda cuando, en casación, se produzca una asunción de la instancia y no se dispongan de datos suficientes para aplicar el artículo 1303 del Código Civil.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de junio de 2009⁽¹⁷⁵⁾, defiende, en asunción de la instancia como

(173) RJ, 2005, 10.198 con cita de jurisprudencia (sentencias de 7 de octubre de 1957, 7 de enero de 1964, 23 de octubre de 1973, 22 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6492], 17-16-1986 SIC y 22 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6351]). En el mismo sentido, STS 18 marzo 2009 (Id Cendoj: 28079110012009100157).

(174) Id Cendoj: 28079110012009100605.

(175) Id Cendoj: 28079110012009100553.

consecuencia de la estimación el recurso, que la aplicabilidad del art. 1.303 CC a casos similares es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego. Como consecuencia de la aplicación del art. 1.303 CC, en lo que se refiere al contrato de arrendamiento y compra en exclusiva procede acordar la devolución del objeto arrendado y liquidación de saldos pendientes; y en lo que atañe al contrato de superficie, como la construcción revierte al concedente del derecho en los términos pactados, la entidad R.V, S.L. deberá reintegrar a S. E. S.L. (actualmente D.P.) las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la suma de sesenta y nueve millones de pesetas (principal más IVA) satisfechos por la constitución del derecho de superficie, correspondiente al periodo no disfrutado, con intereses legales desde la fecha de entrega, y parte de la inversión realizada en la construcción que revierte a la entidad concedente del derecho de superficie pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva de este derecho, con los intereses legales desde esta fecha” Y añade a continuación; “como no hay datos suficientes para concretar las cantidades que procede abonar ni cabe remitirlo a ejecución de sentencia, ni siquiera con una interpretación flexible del art. 219 LEC, procede remitir a las partes el planteamiento del juicio que corresponda”

- d) *Procede ventilar en otro juicio la restitución que pretendiera el recurrente en casación cuando en la instancia no consta dato alguno relativo a esta pretensión;* el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de marzo de 2009⁽¹⁷⁶⁾, desestimó la denuncia de la infracción del artículo 1303 del Código Civil y del artículo 218 de la LEC por no acordar la restitución del precio satisfecho. En la instancia se había procedido, por un lado, a la declaración de nulidad de la escritura pública de segregación y venta (...) y por otro a la restitución íntegra de la posesión pero nada se había declarado sobre la restitución del precio. El Tribunal Supremo argumentó la desestimación del motivo del siguiente modo; “no cabe acceder a la petición de la parte recurrente, porque la parte recurrida niega haber recibido el precio, y si, por un lado, debe decirse que nada consta en la resolución recurrida (ni en la del Juzgado de 1ª Instancia) al respecto, ni siquiera si fue objeto de debate, por otro lado, deviene incuestionable que esta Sala no puede hacer ninguna apreciación probatoria,

(176) Id Cendoj: 28079110012009100157.

ni valorando la documental ni ningún otro medio de prueba. Y tampoco la apreciación de oficio de aplicabilidad del art. 1.303 CC permite una asunción de instancia a tal efecto, pues para acordar ésta sería preciso casar la sentencia de instancia sin que exista base para ello. Por lo que, sin afectar a los legítimos intereses de las partes, el tema debe ventilarse, en su caso, en otro juicio”.

- e) *Procede remitir a la parte a un juicio declarativo en el que plantee las recíprocas restituciones derivadas de la declaración de nulidad, cuando las circunstancias del caso no aconsejen que esta cuestión se dirima de oficio en el juicio que ha declarado la nulidad contractual:* El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de abril de 2009⁽¹⁷⁷⁾, hace una breve referencia a una alusión del recurrente respecto a que la sentencia no establece de conformidad con el art. 1.303 CC el régimen de restitución de las prestaciones entre los contratantes. Y en concreto afirma que “aunque el comentario se efectúa dialécticamente respecto de otro tema, debe decirse que el art. 1.303 CC era aplicable al caso (pues no nos hallamos ante un supuesto de causa torpe del art. 1.306 CC) y el efecto de la nulidad de recíprocas restituciones, al tener carácter *ex lege*, debió aplicarse incluso de oficio. Sin embargo, dada la complejidad de las cuestiones que el tema suscita, la conveniencia de observar el principio de contradicción al no existir un planteamiento claro al respecto, y la imposibilidad de diferir la cuestión a ejecución, aconseja remitir la temática en exclusiva (efectos de la extinción contractual por declaración de nulidad) al juicio declarativo que la parte interesada estima pertinente plantear”.
- f) *Los efectos reintegratorios derivados de la nulidad radical son similares a los de la nulidad relativa.* El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de julio de 2000⁽¹⁷⁸⁾, afirma que “en cualquier caso concurre la infracción de la normativa urbanística que produce la nulidad contractual (arts. 6.3 y 1255 CC) que aprecia la Sentencia recurrida, sin que se produzca problema alguno en relación con los efectos reintegratorios derivados de la ineficacia al ser similares los de la nulidad radical y los de la nulidad relativa, como señala reiterada jurisprudencia”.

(177) Id Cendoj: 28079110012009100239.

(178) STS 26 julio 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100990) que cita jurisprudencia en el mismo sentido (Sentencias 29 octubre 1956, 22 septiembre 1987, 30 diciembre 1996, 16 mayo de 2000, entre otras).

g) *Si el artículo 1303 CCi resulta insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual es procedente acudir a la aplicación de otras normas.* La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 2000⁽¹⁷⁹⁾, estimó en parte los motivos alegados por el recurrente sobre la interpretación errónea del artículo 1303 CCi y la infracción de la doctrina jurisprudencial que veda el enriquecimiento injusto. Al respecto, el Tribunal Supremo afirmó que “el art. 1303 CC establece que 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 (...) El precepto anterior puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas (como la propia parte recurrente implícitamente reconoce), de carácter complementario, o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto”. El Alto Tribunal casó y anuló parcialmente el fallo de la sentencia recurrida relativo a la restitución recíproca, estimando en parte la alegación del recurrente, y declaró que, 1) como consecuencia de la nulidad contractual declarada, los actores deberán reintegrar a los demandados la finca objeto del contrato de compraventa (con las obras de ampliación y las utilidades respecto de las que se acordó el resarcimiento), reintegración que inexplicablemente no constaba en el fallo objeto de recurso; y, 2) no ha lugar a la condena indemnizatoria por daño moral fijada en aquella resolución.

h) *La declaración de oficio de la nulidad supone dar lugar a una sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en Autos con*

(179) STS 26 julio 2000 (Id. Cendoj: 28079110002000100990) que afirma que “la Jurisprudencia viene declarando que el precepto (1303 del Código Civil) tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador (STS 30 diciembre 1996), de tal modo que cuando el contrato hubiere sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenían al tiempo de su celebración (SSTS 29 octubre 1956, 22 septiembre 1989 y 28 septiembre 1996). Por lo tanto, debe darse lugar a la reposición de las cosas y el reintegro del precio (STS 28 septiembre 1996), devolver el dinero percibido con los intereses (STS 23 junio 1997)”.

las consecuencias restitutorias de ello derivadas. El Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de diciembre de 1993⁽¹⁸⁰⁾, desestimó el recurso de casación —en uno de cuyos motivos pretendía el recurrente que la Audiencia Provincial hubiera declarado de oficio la nulidad del contrato en el que fundamentó su demanda— y argumentó el rechazo afirmando que “la doctrina permisiva de la declaración de oficio por los Jueces y Tribunales de la nulidad o inexistencia de los contratos, no puede servir, por el carácter excepcional y restrictivo con que ha de ser ejercitada por el Juzgador esa facultad, para suplir, como se pretende en el motivo, la inactividad del actor declarando la inexistencia del repetido contrato de arrendamiento por falta de causa y dando lugar a una sentencia acogedora de una acción que no fue ejercitada en autos con las consecuencias restitutorias de ello derivadas. Por estas razones procede el rechazo del motivo”.

(180) Id Cendoj: 28079110001993100664.