

# La irrepetibilidad de lo entregado en cumplimiento de un contrato con causa ilícita: elenco de casos

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

*La regla de la que vamos a tratar se formula con diversos nombres, aunque es muy conocida la expresión *nemo potest propriam turpitudinem allegare* o la denominación de *denegatio actionis*. Se encuentra en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil (CC) y contiene sustancialmente dos subreglas: 1) lo prometido por contrato contrario a la moral y a las buenas costumbres o por contrato infractor de norma imperativa no puede ser exigido; 2) lo que se haya entregado en cumplimiento de este contrato no puede ser restituido, si ambos contratantes concurren en la causa ilícita o si sólo es partícipe de ella el que realizó la prestación no restituible.*

## ILUSTRACIONES DE CASOS RESUELTOS

La presente selección no agota todos los supuestos, y se eligen aquellas hipótesis de mayor impacto «comercial».

### 1. Infracciones del Derecho de la competencia. Distribución vertical

La jurisprudencia civil ha negado sistemáticamente que proceda aplicar la regla de irrepetibilidad del artículo 1306 en nulidades caracterizadas por infracciones de normas reguladoras de la competencia y remite la liquidación de la nulidad a la restitución recíproca del artículo 1303 (SSTS de 30 de junio del 2009, RJ 2009\4704; de 30 de julio del 2009, RJ 2009\4580, y de 12 de enero del 2015, RJ 2015\262).

Pero la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Courage* (de 20 de septiembre del 2001) fue más matizada. No admitió que la *denegatio actionis* pudiera justificarse en la

sola coparticipación en el ilícito anticompetencial, pero sí cuando a este desvalor de acción se añade el propio de la regla de los propios actos si el sujeto ha tenido una «responsabilidad significativa» en la distorsión de la competencia. En el caso de la sentencia, la discusión sobre la regla *nemo potest* no recaía en las pretensiones de nulidad, cumplimiento o restitución, sino en la acción secundaria de indemnización de daños derivada de la nulidad del negocio.

- Comentario:

*La reserva a la aplicación de la regla *nemo potest* en estos escenarios contractuales obedece a una lógica no declarada; estos contratos han venido presentándose como paquetes negociales coligados desde la aplicación del Reglamento comunitario 1984/83, de forma que el perímetro de la eventual nulidad es extenso, y en espacios contractuales tan amplios sería injusto y desmesurado aplicar una regla de irrepetibilidad*

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

*que recorriera el conjunto de las prestaciones independientes pero coligadas. Sería un sinsentido, por ejemplo, que, por la nulidad de una cláusula exorbitante de exclusiva, el distribuidor pudiera conservar un derecho de arrendamiento por el que no paga o recuperar sin compensación las rentas pagadas durante el tiempo de disfrute del uso. Fuera de esto, la sentencia Courage es bien expresiva de que no existe ninguna objeción de principio a la aplicación de la regla nemo potest en este sector del Derecho de la Unión Europea, y de que la pérdida de acción puede extenderse a pretensiones indemnizatorias.*

## 2. Infracciones de competencia. Cártels

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Quinta, de 28 de noviembre del 2013 (JUR 2014\49457), declara que la participación en un cártel (algodón) no sólo es un negocio nulo por ilícito, sino también un negocio «en causa torpe» del artículo 1306 del Código Civil (CC), aunque ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la jurisdicción contenciosa entraran en este extremo cuando declararon la nulidad del cártel. En consecuencia, lo que un miembro del cártel entregó —no ya sólo en cumplimiento del contrato, sino también de los laudos arbitrales que resolvieron contiendas entre los cartelistas—, no puede recuperarse por haber sido entregado con causa torpe, sin importar que la situación resultante conduzca a un enriquecimiento de la contraparte.

## 3. Simulaciones absolutas y pactos de fiducia «cum amico»

La estructura del negocio es típica: se simula (sin ánimo disimulado de donar) una transmisión de la propiedad de activos determinados en favor de un tercero con el propósito de defraudar a otros sujetos o a la Administración y se conviene con el adquirente un pacto de fiducia cum amico por el que aquél se compromete a gestionar el bien bajo instrucciones del transmitente y a devolvérselo a su requerimiento. Finalmente el adquirente sostiene que el contrato adolece de ilicitud causal por el propósito fraudulento perseguido y se niega a restituir con amparo en el artículo 1306 del Código Civil. La jurisprudencia hasta el presente

es contraria a esta pretensión: el contrato es ciertamente nulo, pero procede la restitución ordinaria del artículo 1303 del Código Civil (SSTS de 28 de marzo del 2012, RJ 2012\5588; de 31 de octubre del 2012, RJ 2013\1547; de 3 de mayo del 2016, JUR 2016\104093; de 30 de mayo del 2016, RJ 2016\2307; de 10 de junio del 2016, JUR 2016\145193).

- Comentario:

*A pesar de la rotundidad de la posición del Tribunal Supremo, la doctrina es errónea. Habría que aplicar el artículo 1306 y de esa forma conseguir los efectos deseados de prevención especial y general para desincentivar este tipo de negocios. Correctamente, en cambio, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima, de 1 de febrero del 2011, AC 2011\350, y de 19 de diciembre del 2011, JUR 2012\22953.*

## 4. Crédito de regreso contra coadministradores por parte del administrador que satisfizo la indemnización

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio del 2012 (RJ 2012\8990) aplica aquí la regla *nemo potest* al administrador que intenta regresar contra la sociedad y contra el resto de los administradores, una vez que aquél, demandado como codeudor solidario de las deudas sociales, pagó a los acreedores que habían activado la acción de responsabilidad por deudas (cfr. art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital o LSC).

- Comentario:

*La doctrina es incorrecta, evidentemente, porque la acción de regreso del codeudor solidario que paga no es una restitución de la que sean destinatarios el resto de los codeudores solidarios.*

## 5. Sentencia penal que impuso al adquirente la restitución de lo recibido por medio de alzamiento de bienes por el que se condena al transmitente

Se trata de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero del 2013 (RJ 2013\1264), en un caso donde la

finca fue retrotraída al vendedor por declaración de nulidad resultante de una condena penal a dicho vendedor por alzamiento de bienes, sin que se permitiera entonces al comprador recuperar de aquél las cantidades que había pagado por haberse subrogado en la hipoteca de la finca vendida y devuelta. El tribunal civil aplica el artículo 1305 del Código Civil y niega la restitución.

- Comentario:

*Sentencia no aceptable. Porque la denegatio actionis sobre la base de este precepto presupone que una de las partes in pari delicto es la que quiere poner en funcionamiento el mecanismo restitutorio derivado de la nulidad, que no es el caso, o presupone que la prestación en la que consistía el ilícito ha sido decomisada como efecto del delito, lo que tampoco es el caso. Si, habiendo existido cumplimiento recíproco, los contratantes se encuentran en situación de par delictum y la sentencia penal impuso —contra la exigencia del artículo 1305 del Código Civil— la restitución en lugar del comiso, entonces la norma civil ya tampoco debe ser neutral ante la restitución exigida por la parte a la que fue impuesta la devolución; también puede ella recuperar y repetir lo que entregó por su parte, porque es injusto que la sanción de irrepitibilidad se aplique selectivamente.*

## 6. Remuneraciones excesivas a administradores

Debería tratarse como un acuerdo con causa ilícita, ya fuera fijada la remuneración por la junta o por los propios administradores. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre del 2006 (RJ 2006\6710) considera que se trata de un contrato con causa ilícita sujeto al artículo 1306. Pero si el negocio hubiese sido «realmente» nulo, debería haberse obligado a los herederos del exconsejero a restituir a la sociedad todo lo cobrado, pues, de haberla, la ilicitud en la causa no podía haber recaído en la sociedad que pagó dicho sobresueldo. Se dice aplicar el artículo 1306 del Código Civil para impedir la restitución.

- Comentario:

*Aplicar en estas situaciones el artículo 1306 es hacer un flaco mérito a la sociedad, que,*

*como tal, no puede hallarse en causa torpe o inmoral, mediante la creación de una situación en la que la regla in pari causa viene a producir el mismo efecto que si se hubiese declarado la nulidad sólo con efectos de futuro.*

## 7. Infracciones de régimen de unidades mínimas indivisible

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo del 2009 (RJ 2009\1652) argumenta con toda rotundidad que en la infracción de una norma imperativa que ha de conducir a nulidad (en el caso, segregación y venta de finca sin respetar la normativa de unidades mínimas) no cabe hacer uso del artículo 1306 del Código Civil, sino del artículo 1303 del mismo código.

## 8. Contrato de regencia de farmacia prohibido

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril del 2002 (RJ 2002\2485) consideró que era nulo por ilicitud de la causa el negocio disimulado de regencia de farmacia, prohibido, escondido bajo un contrato simulado de compraventa de la misma farmacia. El Tribunal Supremo sostiene que es preciso dar una interpretación amplia de la «causa torpe» del artículo 1306 del Código Civil hasta alcanzar cualquier contrato con objeto prohibido o *contra legem* que no sea delito.

- Comentario:

*Mas el efecto de esta calificación es limitado, una vez más. En efecto, la denegación de acción se limita sólo a la de restitución de los beneficios obtenidos por el regente en la explotación de la farmacia, pero ciertamente no alcanza a impedir que el transferente recupere la propiedad de la farmacia. La solución es correcta, pues la denegatio actionis no puede ir más allá de negar la repetición de lo que se entrega en virtud del contrato y teniendo al contrato por causa de la atribución. Si el contrato tiene por causa la cesión temporal del uso, es ésta la que retiene el demandado bajo la forma de exoneración del deber de pagar por el uso obtenido y de devolver los frutos que ha aprovechado en el uso de la cosa. No podrá retener lo que no hubiera podido conseguir conforme al contrato si éste hubiere sido válido, por*

*lo que no podrá denegar la restitución de la posesión que como dueño corresponde y correspondía al transferente.*

### **9. Infracción de las prohibiciones negociales que pesan sobre entidades aseguradoras**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre del 2008 (RJ 2009\392) postula inequívocamente la solución de la nulidad civil del contrato ante una infracción de la normativa sectorial de ordenación de las entidades de aseguramiento privado. El tribunal entiende que la nulidad del contrato por contravención de normas sectoriales no conlleva la típica restitución de prestaciones y declara la concurrencia de causa torpe para impedir dicha restitución; se trataba de un aval prestado (y pagado) por

la aseguradora en garantía de una deuda de otra entidad mediadora de seguros.

- Comentario:

*En consecuencia, en el fondo esta sentencia vuelve a llegar, merced al artículo 1306 del Código Civil, a un resultado equivalente al que se produciría de haberse declarado la validez del contrato de fianza, de forma que, cumplidas y consumadas las prestaciones nacidas de contrato, ya no se concede acción a las partes para recuperar lo que hubiesen prestado. Estoy seguro de que, si la compañía aseguradora de nuestra historia hubiera sido demandada por el acreedor y todavía no se hubiera realizado el pago, el juzgador habría condenado al pago como si de un contrato válido se tratase.*

Para más información consulte nuestra web [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: [info@gomezacebo-pombo.com](mailto:info@gomezacebo-pombo.com).

---

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York