

INTIMIDACION, AUSENCIA DE CAUSA, CAUSA ILICITA Y CULPABILIDAD DE LOS CONTRATANTES

[Anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo
de 11 de diciembre de 1986] (1)

I. HECHOS

El demandado, señor Carmona, había sido distribuidor y exclusivista de ventas en Córdoba de los productos de la entidad demandante, Cuétara, S. A., por lo cual conocía que la sociedad no declaraba a Hacienda la totalidad de sus ventas, a efectos del pago del Impuesto de Sociedades, y disponía, además, de la documentación necesaria para demostrarlo. Surgidas diferencias entre la sociedad y el señor Carmona, a raíz de la extinción de la relación existente entre ambos, aquélla, para evitar la denuncia de sus infracciones fiscales, otorga, el 11 de octubre de 1976, en favor de éste, escritura de venta de una parcela de terreno en la que existe un almacén construido. Simultáneamente, los mismos otorgantes suscriben un documento privado en el que consta la entrega a la entidad Cuétara, S. A., por el señor Carmona, de toda la documentación que éste poseía, manifestando que no conserva duplicado de la misma, y en el que además se compromete a no vender el terreno recibido hasta que no transcurran cuatro años, tiempo necesario para que prescriba la obligación fiscal. También se hace constar en el referido documento que, además del terreno y edificación, la sociedad entregaba al señor Camona un talón bancario por la suma de seiscientos mil pesetas.

Promulgada la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que permitió la regularización voluntaria de la situación fiscal sin recargo ni sanción, Cuétara, S. A., se acoge a ella, poniéndose al corriente en la liquidación y pago del impuesto. Y, regularizada su situación, promueve el procedimiento que origina esta sentencia. Conviene advertir que la iniciación de este procedimiento es posterior a la de otro, iniciado por el señor Camona contra Cuétara, para obtener el pago de los gastos fiscales derivados del contrato, que habían quedado de cuenta de esta entidad. Ambos fueron acumulados.

En su demanda, Cuétara, S. A., pide que se declare la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa que refleja la escritura, así como la de los acuerdos

(1) Sobre esta sentencia puede verse el comentario de LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ: *Simulación relativa. Donación remuneratoria. Invalidez del contrato por causa ilícita. Actos propios. Ambito de la confirmación*, en «Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil», núm. 13, enero-marzo 87, pp. 4281 y ss.

que constan en el documento privado de la misma fecha. Pide también la nulidad de la inscripción de dominio, consecuencia de dicha compraventa, la restitución del inmueble y la de los frutos percibidos o que la entidad actora hubiera podido percibir.

Para ello se funda en que el consentimiento prestado por ella, como vendedora, es nulo: «La venta reflejada —dice— no se ha querido nunca como tal negocio bilateral. Carece de causa. Carece de precio.» «En realidad —según afirma—, la finca y el almacén más bien constituyen una donación conseguida con malas artes. Por ello, aun en el supuesto de que no hubiera existido verdadera intimidación, sería también nula, tanto como compraventa, por ser su causa falsa, como en su aspecto de donación, por exigir la misma el otorgamiento de escritura pública, al tratarse de un inmueble.»

La demanda de Cuétara, S. A., es estimada en primera y segunda instancia. Esto da lugar a que el demandado, señor Camona, interponga recurso de casación, recurso al que no da lugar el Tribunal Supremo.

II. FUNDAMENTACION DE LA SENTENCIA

Destacamos, a continuación, el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo, reflejando también, para mayor claridad, la argumentación del recurrente.

1. Ausencia de causa

El primer motivo de casación invoca la violación del artículo 1.276 del Código civil, en su parte final, porque, existiendo simulación relativa (una compraventa que encubre una donación), no se ha reconocido a la donación la eficacia que le corresponde (2). El Tribunal Supremo (tras advertir que se está planteando una cuestión nueva) rechaza con argumentos de fondo este motivo: Tanto la compraventa, aparentemente celebrada, como la pretendida donación remuneratoria carecen de causa.

Con respecto a la compraventa, acepta, sin discusión, el criterio de la sentencia recurrida, según la cual, «la declarada inexistencia del contrato de compraventa es consecuencia de la no concurrencia de causa, por falta de precio».

En lo que se refiere al negocio disimulado, el recurrente sostiene que existe una donación remuneratoria; pero el Tribunal Supremo no admite su existencia:

«Es manifiesto —afirma la sentencia de casación— que no puede prosperar la tesis de la existencia de un negocio disimulado de donación remuneratoria, en cuanto: a) El invocado silencio prometido de no denunciar la infracción fiscal no implica servicios prestados al donante que sirvan

(2) «Si la sentencia reconoce que tras la apariencia de una compraventa carente de precio y, por ello, de causa, se disimula una donación remuneratoria, debió extraer en su fallo la consecuencia pertinente que no puede ser otra que el mantenimiento del negocio a título de donación, con los efectos que le corresponden y que aquí vienen a ser indebidamente denegados.»

de causa a la pretendida donación; b) en las donaciones remuneratorias el donante actúa por mera liberalidad que queda excluida cuando, como en el presente caso ocurre, la transmisión patrimonial está determinada por la amenaza de una denuncia fiscal (...), y c) eliminado, pues, el *animus donandi* queda sin causa la pretendida donación y, en consecuencia, y con independencia de cualesquiera otras consideraciones, no puede estimarse la existencia de un negocio disimulado de donación bajo la apariencia de un contrato de compraventa.»

Para el Tribunal Supremo, «el hecho determinante del convenio lo constituía una donación dirigida a compensar la disposición del señor Camona a ocultar el fraude fiscal habido, fraude fiscal cuya amenaza de denuncia a la Hacienda Pública llevó a la celebración del citado convenio». Parte de un hecho que estima cierto: que la entidad Cuétara, S. A., actuó bajo la amenaza de denuncia del señor Carmona; y que precisamente esa «amenaza de denuncia a la Hacienda Pública llevó a la celebración del citado convenio» (3).

2. Ilícitud de la causa y causa torpe

En el mismo *motivo primero*, el *recurrente* apunta la razón por la que no se ha reconocido eficacia a la donación. Esta razón es, a su juicio, la «ilícitud» (4). Por ello se detiene en consideraciones sobre el problema de la licitud del acto dispositivo.

Sostiene que no ha existido por su parte «presión intimidatoria (...) para compeler a Cuétara, S. A., a otorgar su acto dispositivo», y concluye que «no se ve en el adquirente —es decir, en su propia conducta— comportamiento que vicie el negocio». Según su parecer, no hay intimidación, como vicio del negocio de adquisición; simplemente hay una actitud pasiva, al no denunciar a la empresa, que en sí misma no es ilícita (pues «ningún deber concreto cuyo quebrantamiento fuera ilícito obliga... a denunciar a la empresa»), actitud que merece —según su interpretación— la recompensa de ésta.

Luego, en el *motivo segundo del recurso* de casación se refiere a la causa torpe. El motivo está amparado en el artículo 1.692, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Invoca violación del artículo 1.306, regla 1.ª del Código civil. El recurrente pretende justificar la retención del terreno y la edificación recibidos de la entidad Cuétara, S. A., en la existencia de causa torpe en el convenio de transmisión por parte de ambos contratantes. Según él, «en el peor de los casos, y aun pasando por alto la existencia de un concreto deber (...) de haber denunciado el fraude por él conocido, hubiera sido idea de los dos, de Cuétara, S. A., y de su distribuidor, de mutuo acuerdo». Siendo la causa torpe bilateral, debe aplicarse la regla primera del artículo 1.306 del Código civil.

El *Tribunal Supremo* (en el segundo fundamento de Derecho de su sentencia) rechaza, igualmente, el segundo motivo de casación. Lo rechaza, primero y principalmente, porque ha calificado (en el fundamento anterior) al contrato celebrado

(3) Este criterio fáctico no es compartido por el recurrente. Según él, «el juzgador de instancia tiene desechada la tesis de la intimidación» (motivo 4.º).

(4) Razón, según él, «oblicuamente aludida en el considerando, bien que la alusión no resulte nítida».

entre los litigantes de inexistente, por falta de causa, y entiende que esta calificación excluye la aplicación del artículo 1.306 del Código civil:

«El deducido en segundo lugar, al amparo del mismo ordinal y en el que se acusa la infracción, por violación, del artículo 1.306 del Código civil, decae tan pronto se tenga en cuenta que, frente a lo sostenido por el recurrente, nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido precepto.»

Lo rechaza además, a mayor abundamiento, porque, aun en el supuesto de que esa calificación de contrato inexistente por falta de causa no excluyera la aplicación del artículo 1.306 del Código, habría que estimar que la conducta de la sociedad Cuétara no es ilícita, porque ha sido la víctima de la intimidación del otro contratante:

«Pero es que, aunque a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de la litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de causa no constitutiva de delito ni de falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla a Cuétara, S. A., por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente como ha quedado patente en el anterior considerando, sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado de donación.»

El Tribunal Supremo, en el fundamento de Derecho primero, llega, incluso, a más. Aceptando, como mera hipótesis, el criterio del recurrente, según el cual, «el juzgador de instancia tiene desechada la tesis de la intimidación», y a partir de esa hipótesis, también mantiene que la conducta de la entidad demandante y recurrida, Cuétara, S. A., no sería, aún así, ilícita, y, por tanto, no sería aplicable la regla primera del artículo 1.306 del Código civil. La ilicitud («el comportamiento contrario a la moral y a las buenas costumbres») estaría sólo de la otra parte, el señor Carmona, al obtener la transmisión gratuita de un inmueble (aunque no medie amenaza) por la promesa de un silencio.

«Aun en tal hipótesis fáctica no aceptada, si lo que la invocada donación trataba de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado convertiría a ésta en ilícita por contraria a la moral, pues *contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio* ante la Administración respecto a la existencia de una determinada contravención tributaria.»

3. Actos propios y confirmación

Los motivos tercero y cuarto del recurso, motivos complementarios (5), intentan sostener que no es procedente la acción de Cuétara, S. A., porque su conducta ha producido la confirmación del contrato.

Para ello, el recurrente invoca (en el motivo tercero) la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), y como manifestación de la aplicación de la misma, la doctrina jurisprudencial, según la cual, «no puede oponer la nulidad de una venta o contrato quien lo confirmó por actos posteriores» (6). Esta circunstancia se da en el caso, a juicio del recurrente, porque (motivo cuarto) Cuétara, S. A., «muestra su voluntad confirmatoria», manifestada en que «con posterioridad al acto dispositivo (...) y también a la Ley de Amnistía Fiscal (...) llevó a cabo (...) actos tendentes a la corroboración y efectividad de su acto dispositivo, mediante el cambio de titularidad (...) a nombre del señor Carmona de la Contribución Territorial Urbana, quedando puestos a su cargo los recibos desde entonces».

La conducta de Cuétara se califica, en el recurso, unas veces de «confirmación», otras de «ratificación» («ratificada la transmisión por actos propios inequívocos de la transmitente»), sin cuidar la precisión técnica del lenguaje. Parece, sin embargo, que se está pensando en la confirmación del acto anulable (en este caso, por intimidación), a la que se refieren los artículos 1.309 y siguientes del Código civil. Así lo entiende también el Tribunal Supremo al examinar el motivo de casación.

El Tribunal Supremo rechaza los motivos tercero y cuarto de casación. No admite que en este caso proceda aplicar la figura de la confirmación, ya que el contrato no es anulable, sino nulo:

«Tal principio —el principio de no contravención de los propios actos— cuya fuerza vinculante se apoya en la exteriorización de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho, generando una situación disconforme con la posterior conducta del sujeto, no es aplicable a los supuestos de inexistencia o ilicitud de la causa, por cuanto a tenor del artículo 1.610 del citado Código sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261, pero no aquellos en los que falte tal esencial requisito de la causa o que ésta sea falsa y no se pruebe que están fundados en otra verdadera y lícita, supuesto de licitud que ha quedado descartado, lo que conduce a la imposibilidad legal de confirmar lo que desde el inicio fue nulo, con nulidad absoluta e insubsanable» (7).

(5) El motivo tercero denuncia «infracción de ley por violación del principio general de Derecho de que *nadie puede ir válidamente contra sus propios actos*». El cuarto, error de hecho. El Tribunal Supremo dice «que lo que pretende en este motivo es lo mismo que en el anterior».

(6) Apoyada en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 8 de octubre de 1982, 18 de junio de 1928, 30 de noviembre de 1983, 19 de junio de 1889, 23 de marzo de 1949.

(7) El Tribunal Supremo se manifiesta así al rechazar el motivo tercero. Luego, al rechazar el motivo cuarto también afirma que lo que en él se pretende es «por la

III. ANOTACIONES A LA SENTENCIA

Entre las cuestiones que plantea esta sentencia sólo voy a hacer unas anotaciones a las que me parecen de mayor interés en este caso. No voy a detenerme, por tanto, en la que se refiere a la confirmación, puesta en relación con la doctrina de los actos propios (8).

1. Intimidación y falta de causa

La sentencia del Tribunal Supremo toma como punto de partida el hecho de que ha habido una conducta intimidatoria por parte del señor Carmona para conseguir, a cambio de su silencio, la transmisión de la finca con la edificación existente en ella. Según su criterio, la intimidación que aquí se ha producido no es, propiamente, la que contempla el artículo 1.267; no es determinante de ese vicio del consentimiento (art. 1.265), cuyo efecto es la anulabilidad (art. 1.301). La intimidación provoca en este caso un efecto superior: la nulidad del contrato por carencia de causa.

La jurisprudencia del propio Tribunal Supremo ha considerado, en ocasiones, que la intimidación excluye la existencia de causa (9). Se trata de un punto de vista que, si bien en algunos casos puede ser adecuado, en otros resulta discutible.

Tratándose de una donación es justificable que no se aplique directamente la figura de la intimidación, vicio del consentimiento, por dos razones:

a) Primero porque, de acuerdo con la sistemática de nuestro Código civil, el ámbito natural de aplicación de los denominados vicios del consentimiento (y dentro de ellos el de intimidación) es el contrato y no la donación (10). El título en que se contiene su régimen trata «De los contratos» (libro IV, título II), y el capítulo correspondiente se denomina «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos» (capítulo II). Las donaciones, aunque bajo ciertos aspectos tengan una dimensión contractual son consideradas en nuestro Código fuera de los contratos, y tienen un régimen especial (11). Es cierto que, a falta de reglas especiales, hay que acudir a la regulación general de las obligaciones y contratos (cfr. art. 621); pero no indiscriminadamente, sino sólo en la medida en que puedan ser aplicables a la donación las reglas correspondiente.

b) Además, porque en las donaciones el efecto de la intimidación se proyecta sobre la causa. La intimidación puede determinar la ausencia de «animus donandi», lo que hará que la donación carezca de causa. Puede decirse que el vicio

vía de los actos propios llegar a la convalidación de un negocio jurídico inexistente por falta de causa o, en el caso más favorable para el recurrente, nulo de pleno derecho por ilicitud de la misma, por lo que es de aplicar la argumentación contenida al rechazar el motivo tercero».

(8) Más oportuno que invocar en este caso la doctrina de los actos propios hubiera sido aplicar directamente la confirmación tácita, regulada en el artículo 1.311 del Cc.

(9) Cfr. CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 138, 139.

(10) Véase MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Madrid, 1988, páginas 152 y ss.

(11) Cfr. DíEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1983, pp. 392, 393.

del consentimiento envuelve un efecto superior a él mismo, la carencia de un elemento esencial del negocio jurídico, y hay que estar a esta consecuencia. Lo que ocurre con la intimidación puede ocurrir con otros vicios del consentimiento, incluido el error. En muchas ocasiones el vicio del consentimiento pierde significado como tal, porque de él se ha derivado un defecto superior del acto (12). Si, por ejemplo, la intimidación se ejerce para lograr una verdadera compraventa (no simulada), el acto celebrado tiene causa, aunque adolezca de vicio del consentimiento, ya que la compraventa ha sido impuesta (13). En cambio, si la intimidación se emplea para obtener una donación, tal donación puede carecer de causa, si falta el «animus donandi».

La idea de que la intimidación determina ausencia de causa, justificable en los casos de donación, se hace más difícil y problemática en aquellos otros en los que (como ocurre en el de esta sentencia) el negocio no tiene una causa puramente gratuita. Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo entiende así. Estima (en contraste con la opinión del recurrente) que en este caso no hay donación remuneratoria: porque no hay servicios prestados al donante que justifiquen la remuneración; porque tampoco actúa por mera liberalidad. Y llega a afirmar que «nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa».

Frente a esta autorizada opinión, no parece, sin embargo, que sea totalmente exacto calificar la situación de ese modo. Porque el contrato que se califica, con independencia de que haya existido o no intimidación, y con independencia, igualmente, de su licitud o ilicitud, tiene cierto propósito práctico capaz de convertirse en causa del mismo. Hay una cesión de unos bienes a cambio de una promesa de silencio y de la entrega de cierta documentación. No basta entender, como hace el Tribunal Supremo, que no existe una donación remuneratoria para llegar a la conclusión de que el contrato es inexistente. En realidad no se puede negar que en esa transmisión existe un propósito negocial (tal vez impuesto, tal vez ilícito), y hemos de atender a ese propósito para calificarlo jurídicamente, aunque no se trate de una donación remuneratoria en sentido estricto. Esa calificación deberá enfrentarse con el problema de la licitud. En definitiva, no creo que pueda hablarse en este caso de un negocio sin causa, por razón de la existencia de intimidación.

Reconocer la existencia de causa (aunque se haya ejercido cierta presión intimidatoria) permite aplicar la figura de la intimidación, como vicio del consentimiento que posibilita la anulación del contrato. Pero, en realidad, no es necesario hacerlo en este caso, porque la ilicitud de la causa determina también (lo mismo que la ausencia de causa) la nulidad (art. 1.276).

(12) Véase MORALES MORENO, A. M.: *El error en los contratos*, Madrid, 1988, páginas 135 y ss.

(13) A propósito de la intimidación, vicio del consentimiento, es oportuno recordar aquí lo que ha afirmado Díez-PICAZO: «... cuando alguien se compromete a pagar un precio justo o una prestación equilibrada, si la amenaza tácita inicial fue justa y el resultado final fue justo también, por muy debilitado o disminuido que se encuentre el consentimiento y aun admitiendo que puede haber existido en un sentido muy amplio intimidación, no parece que ello constituya intimidación en sentido técnico». *La intimidación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC, 1979, p. 548.

2. Ilícitud de la causa y causa torpe

La cuestión más importante que plantea el caso está relacionada con la ilicitud de la causa. Se refiere a la existencia de causa torpe y, más en concreto, a la aplicación de la regla primera del artículo 1.306 del Código. En relación con este punto el demandado y recurrente considera aplicable dicha regla, de donde resultaría que el demandante carecería de acción para recuperar lo transmitido. En cambio, la sentencia del Tribunal Supremo descarta tal aplicación y tal efecto. Considera que el demandante tiene acción para recuperar lo transmitido: Fundamentalmente, porque el contrato es inexistente, por falta de causa, lo que excluye, a juicio del Tribunal Supremo, la aplicación del artículo 1.306. Además, porque entiende que no hay culpa de parte de la entidad transmitente y, por tanto, no es oportuno aplicar la regla primera del artículo 1.306. La primera razón podría bastar; pero ya hemos señalado cómo es dudoso que en este caso no exista causa, y cómo, además, es preciso proceder al control de su licitud. La cuestión se desplaza, por ello, de la inexistencia de causa a la ilicitud de la causa y a la culpa o torpeza en la conducta de los contratantes. Ese es el criterio que hay que adoptar para un correcto enjuiciamiento del caso.

A propósito del negocio con causa ilícita, conviene hacer una puntualización. Hay que diferenciar entre el aspecto objetivo, referente a la ilicitud de la causa del negocio, por ser contraria a las leyes o a la moral, ilicitud determinante de la nulidad (art. 1.275 del Cc.), y el aspecto subjetivo, relativo a la culpabilidad o torpeza de la conducta de los contratantes en la celebración del mismo (14). Este segundo aspecto es el que interesa en la aplicación del artículo 1.306, como pone de manifiesto su propio tenor literal («cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes», «cuando esté de parte de un solo contratante») (15).

El artículo 1.306 (como el 1.305) es concreción de una regla jurídica elaborada en el Derecho Común (16), a partir de ciertos textos romanos (17), que tiene ante-

(14) Un ejemplo puede ayudar a comprender la diferencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo en la causa ilícita. Supongamos que alguien que, por su función, tiene obligación de prestar determinados servicios (por ej., un médico dentro de la Seguridad Social) exige al paciente una determinada cantidad por su prestación. Ese contrato tiene desde el plano objetivo causa ilícita, pero sólo existe culpa en una de las partes. (Cfr. P. 5.14.37.)

(15) Un punto de vista diferente puede verse en DELGADO ECHEVERRÍA: «Podría aparecer —afirma este autor— que dado un contrato nulo por ilicitud de causa (...) tal ilicitud habría de afectar de hecho necesariamente a ambos contratantes, con lo que los arts. 1.305 y 1.306 carecerían de sentido. Pero, como digo, juegan en estos preceptos dos distintos conceptos de causa: la del contrato —que, por ser ilícita, produce la nulidad— y la de la *datio*, que, siendo torpe, excluye la repetición en otro caso procedente *ex art.* 1.303.» DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º (1987), p. 382.

La aplicación de este criterio en nuestro caso presenta una dificultad: la causa de la *datio* es el propio contrato con su causa ilícita. ¿Es suficiente establecer esa distinción entre causa del contrato y causa de la «*datio*»?

(16) Sobre sus antecedentes, CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 250, 251; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º (1987), p. 381.

(17) Los textos romanos se encuentran fundamentalmente en el título 5.º, libro 12.º del Digesto, («De condiciones ob turpem vel iniustam causam»). Puede verse también D. 12.7.5.

cedentes en nuestro Derecho (18). Esa regla ha quedado formulada en estos términos: «Nemo suam turpitudinem alegans auditur» (19). Su aplicación provoca la paralización de la Justicia ante una pretensión fundada en una conducta torpe del sujeto que la ejercita; lo cual tiene como efecto el que pueda producirse, por falta de acción, la retención de lo pagado («soluti retentio»); y así, aunque el pago se funde en un negocio nulo por ilicitud de la causa (cfr. art. 1.275 del Cc.), el efecto restitutorio de la acción de nulidad (art. 1.303 del Cc.) se paraliza (20).

El apartado primero del artículo 1.306 del Código ha merecido serias críticas. Se ha advertido, con razón, que «esta desgraciada regla... lleva en muchas ocasiones a resultados prácticos desconcertantes» (21). Establece una «sanción complementaria» (22) de privación de acción que a veces favorece «a quien recibiera algo y no entregara nada» (23). En definitiva, la *soluti retentio* «resulta dudosa cuando con ella se favorece, a costa del otro, a uno de los culpables, quizá el que socialmente lo sea en mayor grado» (24). Por ello se ha entendido que la retención, «aunque justificada en ciertos casos», «debiera ser excepcional»; y se advierte cómo «los tribunales han tratado muchas veces de evitar las consecuencias más contrarias a la equidad y al buen sentido» (25).

De esa orientación restrictiva es, sin duda, muestra esta sentencia que anotamos (26), en la cual el Tribunal Supremo intenta evitar la aplicación del apartado primero del

(18) Cfr. P. 5.14.47 y ss.

(19) «He who comes to equity must come with clean hand.»

(20) Es curioso constatar cómo, siendo la *ratio* de la *soluti retentio* el que el Derecho debe permanecer ajeno a la situación creada, puede utilizarse el artículo 1.306 para, por vía indirecta, aprovechando que es mejor la situación del poseedor («potiorem esse possessorem» D. 12.7.5), intentar resolver conflictos del modo más justo, entre quienes, en principio, el Derecho ha considerado al margen de la ley. Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia de 5 de octubre de 1957, en la que el Tribunal Supremo declara nula la donación a la concubina y no admite la aplicación del artículo 1.306 I, Manuel Fairen es favorable a que la concubina pueda retener el objeto recibido, a través del empleo del referido artículo. FAIREN M.: *¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria?* (nota a la sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1957), «R.D.N.», abril-junio 1958, pp. 391 y ss. También crítica a la sentencia TORRALBA, en: *Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ADC (1966), p. 707.

Esto pone de manifiesto que ese abandono del Derecho no es tal, ya que en el fondo hay una situación, imprevisible en cada caso, tal vez muy injusta, que, en el caso del artículo 1.306 (no en cambio en el 1.305) viene a ser consagrada él.

(21) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

(22) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 249.

(23) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251.

(24) CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251.

(25) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo véase el propio CASTRO: *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 252.

(26) En esa orientación restrictiva la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1959 llegó a afirmar que el 1.306 I «contempla la hipótesis de contrato con prestaciones recíprocas, y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensaciones de adverso, por una de las partes». Lo cual no parece totalmente exacto.

cual el Tribunal Supremo intenta evitar la aplicación del apartado primero del artículo 1.306, por una doble vía: Primero, calificando el convenio celebrado entre los litigantes de contrato carente de causa, en vez de contrato con causa ilícita (27). Además, admitida hipotéticamente la ilicitud, excusando de ella a la entidad que ahora reclama la restitución.

Para enjuiciar mejor este caso es oportuno recordar aquí algunas maneras en que pueden manifestarse las restricciones a la «*soluti retentio*»: a) La restricción se produce, en primer lugar, a través de una rigurosa delimitación de la conducta, cuya torpeza se enjuicia; esta delimitación permite, dentro de una conducta del sujeto teñida de ilicitud, diferenciar con precisión los actos que propiamente interesan en la aplicación del artículo 1.306 de aquellos otros que caen fuera de su supuesto. b) La restricción también se manifiesta, en segundo lugar, en una valoración comparativa del respectivo nivel de ilicitud de la conducta de cada una de las partes, con objeto de aplicar la *retentio* sólo en caso de igualdad de culpa («*in pari delicto*»). c) Por fin, en admitir el arrepentimiento oportuno como límite al castigo de la «*soluti retentio*».

En nuestro Derecho histórico una ley de las Partidas hace precisamente la diferencia a que nos hemos referido anteriormente, a propósito de la primera restricción. Distingue el acto delictivo, sin duda ilícito, de aquel otro por el que quien ha cometido un delito da algo a otro sujeto para evitar que el mismo se descubra, acto éste que en la citada ley no reviste torpeza (28).

Igualmente, es oportuno recordar las dos excepciones que establece el Derecho inglés a la regla «*ex turpi causa non oritur actio*», regla que en ese sistema también impide la recuperación de lo entregado. La primera se produce cuando las partes no se hallan «*in pari delicto*». La segunda, cuando el demandante se ha arrepentido a tiempo, antes de que se haya alcanzado el propósito ilegal (29). Estas limitaciones, aunque las encontremos en la práctica inglesa, no reflejan tanto una peculiaridad del Derecho inglés, cuanto un criterio ajustado de limitación del alcance de la regla. Son, pues, dos razonables límites a la norma primera del artículo 1.306. De hecho, en nuestra doctrina, Castro las ha invocado (30).

En esa línea afirma Castro: «La regla *in pari causa turpitudine cessat repetitio* supone la paridad de culpa en ambos contratantes; la que no existe cuando una de las partes ejercita sobre la otra alguna forma de opresión, influencia indebida o alguna forma de abuso de poder y también cuando uno de los contratantes aparece como la víctima del otro» (31).

Pasando de estos criterios generales al enjuiciamiento del caso, en la conducta de la entidad demandante conviene, de entrada, tener en cuenta que existen dos ámbitos distintos de posible ilicitud. El primero se refiere a su relación con el

(27) Véase D. 12.7.5.

(28) (P. 5.14.54) De esta ley tratamos más adelante.

(29) CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON: *Law of contract*, 11.^a ed., London, 1986, páginas 365 y ss.

(30) Al proponer soluciones al caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979. CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

(31) CASTRO: *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor*, ADC 35/4 (1982), p. 1046.

Fisco. El segundo al convenio celebrado con el demandado. En el primer ámbito no hay duda de que su conducta es ilícita al contravenir la Ley fiscal, pero esta ilicitud no debe prejuzgar la solución de un problema de perfiles distintos, como es éste de la aplicación del artículo 1.306. La sentencia del Tribunal Supremo, al igual que hicieran las Partidas, separa claramente ambos ámbitos de ilicitud. Según ella, la ilicitud que se cuestiona en este caso, la que interesa a la aplicación del artículo 1.306, no cabe referirla («sin que quepa referirla») «a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendido disimulado contrato de donación» (32).

Situado el problema de la ilicitud en el ámbito exclusivo del contrato, no es suficiente —como pretende el recurrente en su segundo motivo de casación— que ambos contratantes hayan pactado sobre la ocultación del fraude fiscal, para entender que es aplicable la regla primera del artículo 1.306. No basta porque, aunque el fraude fiscal sea ilícito y aunque el pacto celebrado tenga causa ilícita, eso solo no es suficiente para aplicar la regla a que nos referimos. Hay que comparar con cierta precisión la torpeza de la conducta de cada uno de los contratantes y para esto conviene tener en cuenta más elementos. En concreto, hay que tener en cuenta en qué posición se encontraba cada una de las partes y cuál ha sido su respectiva conducta en el momento de la celebración del pacto ilícito; asimismo, cuáles han sido las ventajas que de él se han obtenido. En unos casos, por ejemplo, podrá ser «especialmente odiosa» la conducta de quien pretende «corromper o seducir con dádivas» (33); en otros, en cambio, lo será la del que con amenaza o utilizando su posición de fuerza intenta obtener un provecho totalmente injustificado.

La aplicación de la regla primera del artículo 1.306 impone una delicada valoración ética de la actualización de los contratantes. Por ahí, precisamente, es por donde se produce la argumentación del Tribunal Supremo: «Nunca —dice el fundamento de Derecho segundo de la sentencia— podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla (la causa) a Cuétara, S. A., por haber sido no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente.» ¿Cuál ha sido esa conducta antijurídica? La sentencia parte de la existencia de intimidación, consistente en una amenaza de denuncia; pero, acepta como hipótesis el que la amenaza no hubiera existido, tal como sostiene el recurrente, y llega a la conclusión de que «contrario a la moral y a las buenas costumbres es obtener o provocar la transmisión gratuita de un inmueble, aunque no medie amenaza, por la promesa de un silencio ante la Administración respecto de la existencia de una determinada contravención tributaria» (34).

El Tribunal Supremo, como vemos, ha tratado de evitar en ese caso la aplicación de la regla primera del artículo 1.306 del Código civil, exonerando completamente de culpa a la entidad Cuétara, S. A. De este modo, aunque admita que la causa sea ilícita (35), no es, en cambio, ilícita la conducta del contratante que reclama la restitución y, por ello, no procede la *soluti retentio*.

(32) Fundamento de Derecho 2.º

(33) CASTRO *Negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 251. Cfr. G. LÓPEZ: Glosa P. 5.14.54, «no haze torpedada».

(34) Fundamento de Derecho 1.º

(35) Porque «si lo que la indicada donación trataba de retribuir es el silencio, la no denuncia de unas infracciones tributarias, tal silencio elevado a la categoría de motivo causalizado, convertirá a ésta en ilícita por contraria a la moral».

Este criterio coincide plenamente con el que refleja nuestro Derecho histórico. La Ley de Partidas, a la que anteriormente nos hemos referido, se expresa así:

«En yerro de adulterio o de omicidio, o de furto, o de pecado semejante destes cayendo algund ome: si por miedo de ser descubiert, diesse alguna cosa a otro porque non le descubriese: como quier que el fecho es malo e desaguisado, e fue muy torpe en facerlo: con todo esso non faze torpedad en dar aquello que da, por estorcer el peligro en que podría caer si fuesse descubiert. E porende dezimos que lo puede demandar. Ca sabida cosa es, que todo ome deve puñar quanto pudiere, para estorcer que non caya en peligro de muerte, o de mala fama. Mas aquel que rescibe la cosa sobre tal razon faze gran torpedad. E eso se da a entender por dos razones. La una porque si le queria librar de muerte deve lo fazer por el natural amor que un ome deve aver con otro, e non por precio alguno. La otra es que encubre la justicia e la vende, porque se non cumplan pues que rescibio precio por encobrir el malhechor. Porende dezimos que deve tornar lo que assi rescibio al que gelo dio. E si promission oviesse fecho para dar alguna cosa sobre tal razon como esta non es tenuto de la guardar.» (P. 5.14.54.) (36).

A pesar de lo que afirma esta Ley de las Partidas, y a pesar, también, del autorizado criterio que mantiene en este caso el Tribunal Supremo, seguramente un criterio ético riguroso pudiera, tal vez, no estar conforme con la total exoneración de culpa de Cuétara, S. A. Pero aun así, el resultado seguiría siendo el mismo porque esta sociedad y el señor Carmona no se hallan «in pari delicto». Sin duda reviste mayor gravedad la conducta de éste.

Pero, además, hay todavía otro criterio que aquí aconseja no impedir la restitución: Por parte de Cuétara hubo arrepentimiento, regularizando su situación fiscal y pagando sus impuestos, lo cual es algo más que la mera extinción, por prescripción, de la obligación fiscal.

Terminemos ya, extrayendo dos conclusiones:

Primera: La causa del convenio por el que se transmiten los bienes al recurrente es ilícita. Porque es ilícito un pacto por el que se da algo para asegurar el mantenimiento de una situación contraria a las leyes. El contrato por tanto es nulo.

Segunda: A pesar de la ilicitud de la causa, y aunque Cuétara, S. A., no carezca totalmente de culpa en su intento de asegurar el silencio, es más reprobable la conducta del señor Camona, que ha intentado aprovecharse de la situación para obtener una ventaja patrimonial carente de toda justificación; por ello no procede aplicar el artículo 1.306 I del Código civil.

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

(36) La Glosa de Gregorio López diferencia el caso en que se da al juez o funcionario que está obligado a la persecución del delito. En ese caso también hay torpeza de parte de quien da.