

Supuestos legales de eficacia *ex nunc* de la nulidad y su posible aplicación al arrendamiento de servicios (1)

por

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

PLANTEAMIENTO.

- I. ESTADO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN.
- II. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN QUE SE HA VENIDO HACIENDO DEL ARTÍCULO 1.307 DEL CÓDIGO CIVIL EN ORDEN A SU APLICACIÓN A LA RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES IRRESTITUIBLES *IN NATURA*.
- III. CONCRECIÓN DE LA CUANTÍA QUE DEBE ENTREGARSE EN CONCEPTO DE RESTITUCIÓN DEL SERVICIO.
- IV. SOLUCIÓN ALTERNATIVA PROPUESTA: LA EFICACIA *EX NUNC* DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS.
- V. ARGUMENTOS EN APOYO DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA:
 1. EQUILIBRA LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES DEL CONTRATO ANULADO.
 2. RELACIONES GRATUITAS DE SERVICIOS.
 3. EL INDICIO DE LA ESCASA CONFLICTIVIDAD.
- VI. INTENTO DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EFICACIA *EX NUNC* DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS.

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación BJU 2002-01178, «Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos», dirigido por el Profesor DELGADO ECHEVERRÍA y financiado al 50 por 100 por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y los fondos FEDER.

PRIMERA PARTE

SUPUESTOS LEGALES DE EFICACIA EX NUNC DE LA NULIDAD

1. CONTRATO DE TRABAJO:

- A) *El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.*
- B) *Estado de la cuestión sobre la interpretación del precepto:*
 - a) Eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo:
 - a.1. Doctrina.
 - a.2. Jurisprudencia.
 - b) Pronunciamientos que cuestionan la eficacia *ex tunc*.
 - c) Relevancia de la contribución del trabajador a la causa de nulidad.
- C) *La insuficiencia de la solución normativa.*
- D) *Mecanismos de superación de la insuficiencia normativa:*
 - a) La existencia de una relación laboral de hecho.
 - b) ¿Por qué no la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo?:
 - b.1. Derecho Comparado: francés e italiano.
 - b.2. La nulidad del contrato de trabajo celebrado por extranjeros sin permiso de trabajo: el artículo 36.3 de la LO 4/2000:
 - i) Supuesto de hecho: causa de nulidad imputable al empresario.
 - ii) El supuesto de hecho es similar al del artículo 9.2 del ET.
 - iii) Por lo tanto: entender que la consecuencia jurídica es diversa provoca discriminación.
 - iv) Conclusión: el artículo 9.2 presupone la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo.
 - v) La jurisprudencia tras el artículo 36.3 de la LO 4/2000.

2. SOCIEDADES MERCANTILES: ANÓNIMA Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:

- A) *Regulación jurídica.*
- B) *Interpretación doctrinal de la regulación.*
- C) *Situación normativa anterior a la vigente.*
- D) *Análisis jurisprudencial.*

3. MARCAS Y PATENTES:

- A) *Regla general: eficacia ex tunc de la nulidad de la patente y de la marca.*
- B) *Excepciones a la regla general:*
 - a) Sentencias ya ejecutadas sobre violación de la patente o marca.
 - b) Contratos en cuanto hayan sido ejecutados:
 - b.1. La norma de eficacia *ex nunc* de la nulidad en relación a los contratos de tracto sucesivo.
 - b.2. La posibilidad de exigir la reclamación de las sumas pagadas en virtud del contrato.
 - c) Interés amparado por las excepciones a la regla general.

4. NULIDAD MATRIMONIAL:

- A) *El artículo 79 del Código Civil:*
 - a) Con respecto a los hijos.
 - b) Con respecto a los cónyuges.
- B) *El artículo 95 del Código Civil: efectos de la nulidad del matrimonio con respecto al régimen económico-matrimonial:*
 - a) La disolución del régimen económico-matrimonial.
 - b) Incidencia de la buena o mala fe de los cónyuges en los efectos de la nulidad sobre el régimen económico-matrimonial.
- C) *La indemnización del artículo 98 del Código Civil.*
- D) *Intereses que se protegen con la regulación de los efectos de la nulidad matrimonial.*

SEGUNDA PARTE

*CARACTERÍSTICAS COMUNES A LOS SUPUESTOS DE HECHO
A LOS QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICA LA NORMA
DE LA EFICACIA EX NUNC DE LA NULIDAD*

- 1. PRESTACIONES IRRESTITUIBLES *IN NATURA*.
- 2. RELACIONES DE TRACTO SUCESIVO. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA NULIDAD IRRETROACTIVA DE LAS MISMAS.
- 3. FINALIDAD PROTECTORA DE LA NULIDAD *EX NUNC*.

CONCLUSIÓN.

VII. ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN DE LA NULIDAD *EX NUNC* Y CONSECUENCIAS DE LA MISMA, EN FUNCIÓN DE LA BUENA O MALA FE DEL SUJETO EN BENEFICIO DEL CUAL LA MISMA OPERA:

- A) *Sujeto protegido por la nulidad ex nunc.*
- B) *La incidencia de la buena o mala fe del sujeto en beneficio del cual se dispone la nulidad ex nunc:*
 - a) Primer supuesto.—Nulidad *ex nunc* favorable al prestatario.
 - b) Segundo supuesto.—Nulidad *ex nunc* favorable al prestador y al prestatario.

PLANTEAMIENTO

Padecemos el que la regulación de las obligaciones y de los contratos esté elaborada, como consecuencia del grado de evolución económica alcanzada en el momento en que se promulgan los Códigos Civiles, desde la perspectiva de las relaciones económicas de intercambio de cosas. Y digo padecemos porque esto genera un sinnúmero de problemas, como los que se derivan de que los tipos contractuales que articulan la prestación de servicios ni siquiera

estén convenientemente delimitados los unos de los otros, como se ha ocupado la doctrina de poner en evidencia; pero, por si esto no fuera bastante, cuando, para resolver problemas específicos de este tipo de relaciones, es preciso acudir a las normas generales de los contratos o de las obligaciones, nos encontramos, en ocasiones, con que la respuesta normativa que se ofrece —pretendidamente general—, está enfocada desde la mencionada perspectiva de las relaciones de intercambio de cosas, para las que se ofrecen soluciones adecuadas, pero que, trasladadas a otro tipo de contratos, como los de servicios, pueden resultar sorprendentes, cuando no inadecuadas.

Esto es lo que ocurre con el régimen general de los efectos de la nulidad de los contratos. En base al principio *quod nullum est nullum effectum producit* debe predicarse la eficacia retroactiva de la nulidad. Consecuentemente, el artículo 1.303 del Código Civil establece que, declarada la nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. Obligación de restitución, ésta, pensada para los contratos de intercambio de cosas, de modo que su aplicación a los contratos de servicios (2) deviene problemática (3) debido a que no cabe su restitución *in natura* a causa de su inmaterialidad y al hecho de que se consumen en el mismo momento en que se prestan.

Ahora bien, la cuestión no se suscita en relación a cualquier supuesto de nulidad de un contrato civil de servicios, sino sólo en determinados casos. A tal efecto, es preciso diferenciar el grado de ejecución del contrato en cuestión, pudiendo distinguirse cuatro casos distintos:

- 1.º El contrato no ha sido ejecutado en absoluto, es decir, ni se ha pagado el precio de los servicios, ni éstos han sido prestados.
- 2.º El contrato ha sido completamente ejecutado, de modo que se realiza el trabajo comprometido y se abona el precio pactado.
- 3.º El contrato sólo ha sido ejecutado —total o parcialmente— por el prestatario del servicio, es decir, sólo se ha pagado el precio por los servicios que debían haberse prestado.
- 4.º El contrato sólo ha sido ejecutado —total o parcialmente— por el prestador del servicio, sin que el prestatario de los mismos haya abonado la retribución correspondiente.

(2) Este trabajo se ha elaborado desde la perspectiva no del conjunto de contratos civiles de servicios sino únicamente se ha analizado el problema en relación al comúnmente llamado arrendamiento de servicios, aunque prefiero la terminología de contrato civil de servicios.

(3) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, pág. 51, que, refiriéndose al contrato laboral de trabajo, afirma *la imposibilidad material de aplicación del artículo 1.303* —del Código Civil—.

La declaración de nulidad de los contratos no es problemática en los supuestos 1.º y 3.º, puesto que, aplicándose la regla general de retroactividad de la nulidad, el efecto restitutorio se traduce:

- en el primer caso: en que no ha lugar a restituir nada puesto que nada se ha entregado en cumplimiento del contrato;
- en el tercer caso: el precio que se ha pagado, en principio, puede restituirse *in natura*, de modo que no tiene por qué plantearse ninguna dificultad. Ahora bien, esto es así siempre y cuando el precio consista en dinero o en la entrega de una cosa restituible *in natura* y no en otro servicio, en cuyo caso también se planteará este problema.

Las dificultades se suscitan en relación a los supuestos 2.º y 4.º de los mencionados, concretamente cuando el servicio o trabajo se ha realizado completa o parcialmente y la obligación de restitución derivada de la nulidad debe operar respecto a un bien irrestituible *in natura*, como es el trabajo.

De lo que se trata en este trabajo es de analizar y estudiar las diferentes propuestas doctrinales existentes en orden a la solución de este problema y de apuntar la posibilidad de otra vía de solución.

I. ESTADO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CUESTIÓN

Cuando el objeto del contrato que debe restituirse, como en el caso de los servicios, es irrestituible materialmente, lo que debe entregarse es una cantidad de dinero que represente su valor. De este modo la doctrina considera que debe restituirse el valor del servicio efectivamente ejecutado (4).

Ahora bien, ¿cómo calcular la cuantía que debe ser objeto de restitución? Algunos autores recurren a la aplicación del artículo 1.307 del Código Civil y entienden que la obligación de restitución del servicio prestado en virtud del contrato nulo supondría abonar su *valor de mercado*, al que alude literalmente dicho precepto. Por lo tanto, la cantidad a entregar en concepto de restitución por el servicio prestado puede coincidir o no con el precio pactado (5). Se considera que, en este caso, *el Juez no quedaría vinculado por las estipulaciones contractuales y podrá calcular el valor de las indemnizaciones sobre bases distintas a las pactadas por las partes* (6). De manera que

(4) Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, *Teoría del contrato*, edit. Civitas, Madrid, 1996, pág. 475.

(5) DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 295.

(6) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 65 y 66.

el prestador del servicio podría recibir una cantidad inferior —¿y superior?— al precio pactado.

La escasa jurisprudencia existente sobre la cuestión revela que nos encontramos ante un tema de nula conflictividad. Lo que no es de extrañar, habida cuenta de que, al tratarse de un contrato —el de servicios— del que las partes pueden desvincularse con cierta facilidad, es más cómodo optar por el desistimiento en lugar de por la nulidad, que puede resultar mucho más problemática (7).

Hemos localizado muy pocas sentencias sobre nulidad de contratos con prestaciones irrestituibles *in natura*. Las referidas a los contratos civiles de servicios o bien no abordan la cuestión de los efectos de la nulidad, o al menos no con la claridad necesaria como para poder llegar a perfilar cuál es la línea de decisión adoptada en relación al carácter retroactivo o irretroactivo de la nulidad. Así, en la SAP de Sevilla, de 16 de junio de 2000 (*JUR* 2002/283542) se declara la nulidad de un contrato de arrendamiento de servicios y se obliga al prestatario del servicio a entregar una cantidad, pero no queda claro en base a qué se le obliga a pagar esa cantidad de dinero.

Podemos citar, como excepción a lo dicho, la SAP de Cantabria, de 11 de enero de 2002 (*JUR* 2002/95982) que, en su Fundamento Jurídico sexto coincide con las opiniones que la doctrina mayoritaria mantiene al respecto:

SEXTO: «Como consecuencia de la declaración de nulidad, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio, con sus intereses (art. 1.303 del Código Civil). En el caso de autos, es posible, por la naturaleza fungible de la prestación, la devolución del precio que recibió el demandado (642.065 ptas.). No sucede lo mismo con los servicios prestados por el demandado, pues el *facere* no es nunca restituible, razón por la cual debe ser transformado en equivalente pecuniario, y debe serlo, no con arreglo a las bases del contrato (que por nulo es inexistente), sino según valor de mercado. En este sentido, considerando que la suma minutada por el demandado, en tanto que visada por el Colegio de Aparejadores, se corresponde con el valor de los servicios que se presentaron a

(7) Esta reflexión, en relación con el contrato de trabajo, en: MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SANUDO, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 495, que en relación a la nulidad del contrato de trabajo dicen: *es lo cierto que en la práctica apenas se utiliza esta vía para el contrato de trabajo. En su lugar se utilizan otros medios, especialmente concebidos para la relación laboral... Entre esos medios se cuenta con el de resolución de la relación de trabajo durante el período de prueba...; y con el de la dimisión o extinción unilateral del vínculo laboral por parte del trabajador, prevista en el artículo 49.1.d) ET. Es claro que en tales casos, en contraste con lo que ocurre en el supuesto de declaración de nulidad del contrato, el efecto extintivo se produce ex nunc, esto es, desde el momento en que se ejercita la facultad de extinción, produciendo efectos el contrato durante todo el tiempo anterior a ese acto.*

aprobación y visado de ese colegio (redacción del proyecto aportado con la demanda, y dirección de las obras de ese proyecto); y considerando igualmente que dicho proyecto fue útil para la ejecución de las obras menores que en él se describían, y que dichas obras fueron realmente ejecutadas y dirigidas por el demandado, debemos cifrar en 642.065 pesetas el equivalente económico de los servicios útiles que el demandado prestó al demandante».

II. CRÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN QUE SE VIENE HACIENDO DEL ARTÍCULO 1.307 DEL CÓDIGO CIVIL EN ORDEN A SU APLICACIÓN A LA RESTITUCIÓN DE PRESTACIONES IRRESTITUIBLES *IN NATURA*

El artículo 1.307 del Código Civil no tiene precedente alguno en Derecho Comparado; además, se conviene en su difícil interpretación y encaje en el conjunto de normas que regulan los efectos de la nulidad (8).

Esta norma está ordenada a resolver el problema de la pérdida de la *cosa* que debe restituirse. Es evidente que la terminología usada por el precepto revela que está pensada para regular un problema concreto que puede suscitarse en relación a cosas *materiales y específicas* (9).

El valor de una *cosa material y específica* puede variar a lo largo del tiempo, bien porque se deprecia, bien porque se revaloriza y, acaso ahí se encuentra la razón de ser de que se obligue a restituir el valor que tiene la misma en el momento en que se pierde —junto a los frutos producidos hasta ese momento y los intereses que dicha cantidad genere desde el momento de la pérdida hasta que efectivamente se restituye—, pues si la cosa se ha depreciado por el uso o revalorizado por el paso del tiempo podría ser injusto obligar a devolver el valor que la misma tenía cuando se transmitió.

Los servicios, por su parte, se caracterizan no sólo por su inmaterialidad, sino porque se consumen en el mismo momento en que se prestan. De modo que, si bien puede producirse una diferencia entre el valor de la *cosa* —a la que alude el art. 1.307— en el momento en que se entregó y en el momento en que se perdió porque ese objeto mantiene su existencia en el tiempo sin consumirse, tal diferencia acaso no quepa cuando nos referimos a los servicios, puesto que se consumen en un instante. Podría replicarse, no obstante, a esta observación que el valor de unos concretos servicios sí puede variar a lo largo del tiempo en el sentido de que, desde el momento en que se con-

(8) Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 262: *Este artículo ... presenta importantes aspectos oscuros y resulta difícil fijar con exactitud su lugar en un planteamiento sistemático de las consecuencias de la invalidez.*

(9) LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 107 y 108.

tratan y prestan hasta el momento en que se deben restituir, puede haberse incrementado o reducido su coste.

Sin embargo, la lectura que se hace del artículo 1.307 cuando se considera aplicable a las prestaciones irrestituibles *in natura* no atiende a si el valor de los servicios prestados ha variado desde el momento en que se realizaron hasta el momento en que debieron restituirse, sino que se interpreta atendiendo a que se haya pactado un precio por el servicio distinto al valor que tiene en el mercado (10), de modo que si no existe coincidencia al respecto, conforme a esta lectura del precepto, la obligación de restitución del servicio cristalizaría en la obligación de abonar el valor del bien en el mercado y no el precio que se pactó que se pagaría por él.

Sin embargo, considero que el artículo 1.307 no está contemplando la posible diferencia entre el valor de mercado del servicio y el precio que se acordó pagar por él. En consecuencia, es discutible que tal precepto pueda ser aplicado en orden a la cuantificación de una obligación irrestituible *in natura*.

III. CONCRECIÓN DE LA CUANTÍA QUE DEBE ENTREGARSE EN CONCEPTO DE RESTITUCIÓN DEL SERVICIO

La cuestión, se cifra, por tanto, en concretar en base a qué criterios debe calcularse la cuantía que, en concepto de restitución del servicio prestado, debe entregarse.

La opción por *el valor de mercado* del trabajo realizado es discutible, más aun si consideramos inaplicable el artículo 1.307, en cuyo caso carece de apoyo legal. Acaso haya que dar relevancia —a estos efectos— al acuerdo —anulado— de las partes sobre *el precio* del servicio. De entrada, es preciso decir que, normalmente, el precio acordado coincidirá con el valor de mercado, aunque también es cierto que no tiene por qué ser así.

En apoyo de la opción por el precio pactado como criterio de cuantificación de la obligación de restitución, puede considerarse que nuestro Código Civil no contempla, con carácter general, la posibilidad de rescindir un contrato por lesión de uno de los contratantes, lo cual es relevante, a estos

(10) Así, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 296, no aluden a esa variación en el precio del servicio desde el momento en que se contratan y se prestan en relación al momento en el que deben ser restituidos, sino a la diferencia entre el precio pactado y el de mercado: *más adecuada es entender obligada la restitución de las prestaciones mediante el pago de su valor en dinero, calculado, no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según apreciación objetiva —el art. 1.307 sirve de argumento para ello—*. Tampoco LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 65 y 66, alude a la diferencia de valor del servicio por el transcurso del tiempo.

efectos, en el sentido de que nuestro Ordenamiento ha optado, a diferencia de otros, por no proteger a las personas del ejercicio de su propia libertad a la hora de pactar un precio por la obtención de un bien —salvo en el caso de los préstamos usurarios—. En consecuencia, puede no tener sentido que se les proteja ante una situación de nulidad. Si se optara por el criterio del valor real de mercado se estaría protegiendo a los particulares, ante la coyuntura de nulidad del contrato, del ejercicio de su libertad al pactar un precio inferior o superior al de mercado:

- Si se pacta pagar, por el servicio, un precio superior al de mercado: al declararse la nulidad, si se atendiera al valor de mercado para fijar la obligación de restitución, el prestador del servicio recibiría una cantidad menor a la que se había pactado. En tal caso, se está protegiendo al prestatario de la lesión que supone el que él mismo se haya comprometido a pagar más de lo que vale en el mercado el servicio.
- Si se pacta pagar, a cambio de un servicio, un precio inferior al de mercado: de adoptarse el criterio referido, el prestatario del servicio, tras la nulidad, debería pagar una cantidad superior a la pactada, y, por tanto, se estaría protegiendo al prestador del servicio de la lesión que le supuso pactar por su trabajo un precio inferior al de mercado.

Podría replicarse a estas observaciones que al contrato, en cuanto que es nulo, no debe otorgársele virtualidad ni siquiera en orden a la valoración de las prestaciones en caso de nulidad. Sin embargo, esto ¿no supondría permitir ir a los sujetos contra sus propios actos, contra sus propias decisiones libremente adoptadas? Una cosa es que el contrato nulo no pueda ser fuente de obligaciones y otra muy distinta que haya que ignorarlo por completo y que no sirva siquiera para valorar las prestaciones que fueron objeto de dicho contrato, en orden a regular los efectos de la nulidad. ¿Hasta qué punto puede un sujeto que ha acordado pagar una determinada cantidad por un servicio, pagar menos del valor que él mismo le ha dado fijando el precio, cuando la causa de pagarlo es otra distinta, que, en este caso, sería la obligación de restitución derivada de la nulidad? Desde luego si lo que hubiera de pagarse fuera un precio superior al fijado en el contrato, tal sujeto seguro que no lo pretendería; pues entiendo que, en caso contrario, tampoco debe tolerarse.

Por ello, es discutible que se deban adoptar criterios meramente objetivos a la hora de concretar en qué consiste la obligación de restitución cuando recae sobre prestaciones irrestituibles *in natura* como es el caso de los servicios. Acaso deba tomarse como referencia el acuerdo sobre el precio libremente adoptado por las partes en el contrato anulado.

Esto no significa que quien debe restituir el servicio deba pagar completamente el precio pactado, porque sólo tendrá obligación de pagar el precio de los trabajos que efectivamente se hayan realizado. Y, además, ha de con-

siderarse si el servicio efectivamente desenvuelto coincide plenamente con el que se contrató. Porque, de haberse desarrollado un trabajo de inferior calidad o defectuoso, sólo deberá abonarse el valor del trabajo efectivamente desenvuelto. Debiendo descartarse, entiendo, la posibilidad de obligar al prestatario a pagar un precio superior cuando el servicio es más cualificado que el que se contrató. El deber de restitución sólo alcanza a la prestación efectivamente ejecutada.

IV. SOLUCIÓN ALTERNATIVA PROPUESTA: LA EFICACIA *EX NUNC* DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Por lo tanto, la obligación de restitución de los servicios, en caso de nulidad, pasa por la entrega de una cantidad de dinero, y si entendemos que debe fijarse adoptando como criterio de valoración el acuerdo de las partes sobre el precio en el contrato anulado, llegamos a la situación paradójica de que, en la práctica, las consecuencias de la nulidad del contrato de servicios, si se le otorga eficacia retroactiva, serían similares a las que acarrearía si se considerara válido hasta el momento en que se declara la nulidad, es decir, si se predicara la eficacia *ex nunc* de la misma.

Tal consideración nos lleva a preguntarnos acerca de qué sería más conveniente: si entender que la nulidad en este tipo de contratos es *ex nunc* o considerar que sigue la regla general del efecto retroactivo o *ex tunc* de la misma. En definitiva, si esa obligación —pese a la nulidad— de pagar el precio por el servicio prestado, debe entenderse que trae causa de la obligación de restitución derivada del efecto *ex tunc* de la nulidad, o si es más conveniente entender que se debe a la eficacia irretroactiva de la nulidad en estos casos.

V. ARGUMENTOS EN APOYO DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA

En primer lugar, antes de intentar fundamentar jurídicamente en normas de Derecho positivo la posibilidad propuesta, conviene determinar si dicha solución tiene alguna ventaja sobre la que afirma la eficacia retroactiva de la nulidad del contrato de servicios, conforme a la cual, la cantidad a entregar al prestador del servicio tras la nulidad lo es en concepto de restitución por el trabajo efectuado y no en cumplimiento del contrato que debe entenderse válido hasta el momento en que se declara anulado.

1. EQUILIBRA LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES DEL CONTRATO ANULADO

En este orden de cosas, es preciso tener en cuenta que, antes de la declaración de nulidad, los derechos de los que son titulares cada una de las partes en base a la existencia del contrato de servicios, disfrutaban de la misma protección jurídica que si fuera válido. Tras la declaración de nulidad:

- El que la nulidad se considere *ex tunc* hace desaparecer el amparo jurídico de tales derechos durante el tiempo previo a dicha declaración. No puede ser de otro modo en cuanto que debe entenderse que no se deriva ningún derecho ni obligación del contrato, y debe procederse a las restituciones correspondientes.
- Si la nulidad se considera *ex nunc*: el contrato ha de considerarse válido hasta el momento de la declaración de nulidad, y los derechos que durante el tiempo de validez de la relación las partes han derivado de la relación jurídica de que se trate, disfrutaban de la misma protección de que disponían antes de haberse declarado la misma. En este caso, las partes tienen los derechos y las obligaciones que les otorgaba o imponía el contrato y su eficacia y virtualidad durante el tiempo en que debe reputarse válido y se ha ejecutado el contrato serían merecedores de amparo jurídico incluso tras la declaración de nulidad (11).

Ahora bien, en el caso de los contratos de servicios, se genera un desequilibrio entre las partes de la relación anulada si se entiende que sus efectos son *ex tunc*, que no se produce cuando se afirma la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato.

Me explico: la restitución propia de la nulidad *ex tunc* se traduce para el prestatario del servicio en dar cumplimiento a la obligación que hubiera tenido que satisfacer de ser válida la relación: pagar el precio en la medida que corresponda. Consecuentemente, la otra parte —el prestador del servicio— ve satisfecho el crédito al que hubiera tenido derecho de ser válido el contrato. Y ese crédito —que coincide con el que tendría de ser válida la obligación— va a ser protegido jurídicamente —aunque en base a otras normas— tras la declaración de nulidad.

Por lo tanto, y siempre que la nulidad se considere *ex tunc*, el prestatario del servicio tiene que cumplir, aunque por efecto de las normas sobre restitución, la misma obligación a la que tendría que dar satisfacción si el contrato fuese válido hasta ese momento. Y, sin embargo, los derechos que hubiera derivado del contrato en caso de ser válido no se le amparan. De modo que

(11) Esta afirmación debe matizarse porque no en todos los casos de nulidad cabe esta protección. Me remito a lo que se dice en el último apartado del trabajo acerca del significado y alcance de la nulidad *ex nunc*.

no podrá exigir, por ejemplo, que dicho servicio responda a unos parámetros de calidad, que haya diligencia en la prestación del mismo, etc. En realidad debe soportar ese *incumplimiento*, o mejor dicho, ese cumplimiento defectuoso, que, en puridad, no es tal incumplimiento, puesto que no hay obligación. Y ello, pese a que la obligación que corre a su cargo, tras la declaración de nulidad, sea, en la práctica, la misma que tendría que cumplir de considerarse válido el contrato hasta ese momento.

Podría replicarse a esta afirmación que también la solución de entender la nulidad *ex tunc* soluciona adecuadamente el problema en cuanto que el prestatario ante la prestación de un servicio de calidad inferior al contratado sólo debe restituir el valor del trabajo efectivamente desenvuelto y si es de inferior calidad al que se contrató deberá pagar un precio inferior al pactado. Ahora bien, y ¿si el trabajo prestado fuera de calidad superior al contratado? ¿sería justo, en tal caso, hacer abonar al prestatario un mayor precio que el pactado porque es superior el valor de mercado del servicio, siendo que unilateralmente el prestador ha optado por realizar un trabajo de mayor calidad? Por otro lado, si la nulidad se considera *ex tunc* el prestatario no podría alegar a su favor, por ejemplo, la garantía —legal o convencional— por el servicio prestado que en su caso pudiera corresponderle y que le correspondería si la nulidad se considerara *ex nunc*. Tal garantía, de ser la nulidad *ex tunc* también, en principio, debería considerarse nula por la propagación de los efectos de la nulidad.

Ahora bien, este desequilibrio que puede generar la consideración de la eficacia *ex tunc* de la nulidad, no sólo puede producirse en detrimento del prestatario del servicio, sino que también puede producirse en perjuicio del prestador del servicio. En estos casos, la eficacia *ex nunc* también reequilibra la situación solucionando adecuadamente los problemas. Y ello porque el prestatario no siempre va a incorporar a su patrimonio la utilidad derivada de la prestación de los servicios. Imaginemos el caso del trabajo efectuado por un abogado en el marco de un contrato declarado nulo antes de que el mismo interpusiera la demanda en relación al litigio en base al cual se había solicitado su asistencia. ¿Realmente el prestatario incorpora a su patrimonio alguna utilidad derivada de la prestación de ese servicio? Si entendemos que no, cabe plantearnos si se podría exigir al prestatario que abonara, en concepto de restitución, el precio por el servicio prestado. ¿Qué va a restituir si nada ha entrado en su patrimonio como consecuencia del trabajo desenvuelto por su contraparte en el contrato anulado? Si considerásemos la nulidad *ex tunc*, el prestatario acaso no tuviera que pagar nada por el trabajo realizado si no ha supuesto la incorporación de utilidad alguna a su patrimonio y el prestador no tendría derecho a cobrar nada. Sin embargo, si se considera que la nulidad es *ex nunc* el abogado tendría derecho a cobrar el trabajo efectuado hasta ese momento, lo cual me parece más adecuado.

2. RELACIONES GRATUITAS DE SERVICIOS

Además, la eficacia *ex nunc* entiendo que conviene mejor a la nulidad de los contratos gratuitos de servicios.

En efecto, si bien la restitución de las prestaciones resuelve adecuadamente los problemas que puede suscitar la nulidad de una donación, cuando el objeto de un contrato gratuito es un servicio, entiendo que, en determinados supuestos, no tiene sentido pretender que se opere la restitución del mismo. Imaginemos un supuesto de prestación gratuita de servicios, como el caso de un voluntario social que ayuda a las personas mayores que viven solas. O el de un médico que atiende gratuitamente a alguien en situación de necesidad. Resulta que si el contrato es nulo, y aplicamos la regla general de eficacia *ex tunc* de la nulidad, quien haya recibido el servicio deberá abonarlo. Me parece mucho más adecuado entender que el voluntario o el médico no tienen obligación de seguir prestando sus servicios a partir de la declaración de nulidad, y que carece de sentido obligar al prestatario del servicio a abonar los servicios que hasta ese momento se le hayan venido prestando, excepto cuando el prestatario haya contribuido maliciosamente a la concurrencia de la causa de nulidad, por aplicación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

Hemos de convenir que, en caso de prestación gratuita de servicios, teóricamente la causa de la obligación de pagar el servicio que procedería en caso de afirmarse la eficacia *ex tunc* de la nulidad sería la obligación de restitución que trae causa de la propia nulidad; pero, en la práctica, obligar al prestatario de un servicio gratuito a pagar el servicio que ha recibido supone transformar una relación gratuita en onerosa.

3. EL INDICIO DE LA ESCASA CONFLICTIVIDAD

Por otro lado, la escasa conflictividad que en esta materia existe probablemente sea debida, como se ha dicho más arriba, a que se opta por otras soluciones como la del desistimiento; soluciones estas que implican que la relación es eficaz hasta ese momento. Lo que puede ser relevante en orden a entender que la eficacia *ex nunc* de la nulidad puede ser la forma más adecuada de resolver los problemas que en situaciones de este tipo pueden producirse.

VI. INTENTO DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EFICACIA *EX NUNC* DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE SERVICIOS

El principal escollo que presenta la adopción de la regla de eficacia *ex nunc* de la nulidad en el caso de los contratos civiles de servicios es la ausencia de

una regla de Derecho positivo que específicamente así lo disponga. Aunque también es cierto —como veremos— que, en la doctrina francesa, la ausencia de una norma *ad hoc* no ha representado ningún inconveniente para exceptuar en determinados supuestos la regla general de eficacia *ex tunc* de la nulidad.

De lo que se trata ahora es de intentar fundamentar jurídicamente, en normas de Derecho positivo, la posibilidad de afirmar la eficacia irretroactiva de la nulidad de los contratos de servicios. Para ello, deberemos proceder, primeramente, al estudio de todos aquellos supuestos para los que se establece la eficacia *ex nunc* de la nulidad, para, posteriormente, extraer las conclusiones pertinentes.

PRIMERA PARTE

SUPUESTOS LEGALES DE EFICACIA EX NUNC DE LA NULIDAD

1. CONTRATO DE TRABAJO

En el Ordenamiento Jurídico dos son las normas que regulan los efectos de la nulidad de los contratos laborales de servicios: el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (que antes de la modificación operada en dicha norma por LO 8/2000, de 22 de diciembre, era el artículo 33.3, y que también ha sido modificado por LO 14/2003, de 20 de noviembre), que regula un supuesto concreto de nulidad del contrato de trabajo: el de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

A) *El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores*

Nos centraremos únicamente en el análisis del párrafo segundo de este precepto, ignorando los problemas específicos que puede plantear la nulidad parcial del mismo que no es objeto de este estudio.

El artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores regula los efectos de la nulidad del contrato laboral de trabajo en los siguientes términos (12):

(12) El artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores es del siguiente tenor:

Artículo 9. Validez del contrato.

1. Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley.

«En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido».

Este precepto únicamente determina que ha de pagarse al trabajador la remuneración correspondiente a un contrato válido por el trabajo efectivamente prestado, pero no dice claramente si tal consecuencia jurídica se debe a que los efectos de la nulidad se consideran *ex nunc*, o, por el contrario, esta consecuencia jurídica no es más que la restitución que procede cuando se considera que la eficacia de la nulidad es *ex tunc*.

Otra cuestión que debe ser estudiada porque incide en la conclusión a la que lleguemos es que la literalidad del precepto parece ignorar, a la hora de establecer los efectos de la nulidad, la posible imputación al trabajador de la causa de nulidad.

Veamos la interpretación doctrinal y jurisprudencial que se ha hecho de esta norma en lo relativo a estas dos cuestiones relacionadas entre sí.

B) *Estado de la cuestión sobre la interpretación del precepto*

a) Eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo

a.1. Doctrina

Los laboristas que han estudiado más pormenorizadamente los efectos de la nulidad del contrato de trabajo, muy marcados —como entiendo que no podía ser de otro modo— por la doctrina civilista, generalizando el principio de eficacia retroactiva de la nulidad, consideran que este precepto no permite afirmar la eficacia *ex nunc* de la del contrato laboral de trabajo. Así, ALMANSA PASTOR considera que *debe mantenerse para el contrato de trabajo español que la nulidad de éste le afecta ex tunc* (13). Siguiendo la postura de este autor, PALOMEQUE LÓPEZ viene a decir que este precepto *no hace sino adecuar el desenvolvimiento habitual del mecanismo restitutorio en caso de nulidad*

Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones.

2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

(13) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, pág. 49. Sigue este autor a ALONSO GARCÍA, «Nulidad y anulabilidad del contrato de trabajo», en *Revista de Derecho Privado*, 1956, pág. 228.

a la peculiar naturaleza del contrato de trabajo (14). Pese a que estos autores se pronuncian, en relación al artículo 55 de la Ley del Contrato de Trabajo, su opinión es referible —entendiendo— al vigente artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (15). Ya en relación a esta última norma, otros autores, más recientemente, y sin estudiar en profundidad la cuestión, se muestran partidarios de esta postura favorable al efecto *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo (16).

Dentro de esta corriente, por tanto, se suele considerar que el efecto que el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores establece para el caso de nulidad del contrato de trabajo, es el efecto restitutorio propio de la declaración de nulidad que establece con carácter general el Código Civil, pero aplicado a este tipo contractual en particular (17). Así, ALMANSA PASTOR justifica la retribución del trabajo al empleado en lo dispuesto por el artículo 1.307 del Código Civil (18). Considera PALOMEQUE que si se entienden así las cosas, no es necesario usar otros expedientes para justificar el abono de esta retribución o, lo que es lo mismo, la razón de ser de esta norma (19); si bien, hay autores que aluden a la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto del empresario (20).

(14) Vid., en este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 142 y 143. Dice este autor en las págs. 143-144: *Por consiguiente, a la pregunta inicial de si permite el artículo 55 LCT sostener la irretroactividad habitual de los efectos de la nulidad del contrato de trabajo, hemos de contestar negativamente. El artículo 55 mencionado repetidamente contempla un supuesto de retroactividad habitual (a través del mecanismo restitutorio que tiende a la desaparición de los efectos contractuales) de la nulidad, si bien sobre la especial naturaleza de la prestación del trabajador (el trabajo como servicio no restituible directamente).*

(15) La redacción de ambas normas es similar, en cuanto que las dos reconocen el derecho del trabajador a cobrar la remuneración por el trabajo efectivamente ejecutado, aunque el artículo 55 de la LCT daba relevancia a la contribución del trabajador a la causa de nulidad para negarle el derecho a la retribución. Es decir, si la causa de nulidad procedía de la voluntad maliciosa del trabajador no se le reconocía el derecho a la remuneración. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

(16) MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 495: *Por definición, siendo nulo el acuerdo, no debe producir efecto alguno.*

(17) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 142-143.

(18) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, págs. 51 y 52.

(19) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, pág. 144: *Sosteniendo dicha conclusión, huelga cualquier pronunciamiento sobre la naturaleza específica de la solución operada por el artículo 55 de la LCT...*

(20) Al enriquecimiento injusto aluden MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2005, pág. 495.

a.2. Jurisprudencia

El análisis jurisprudencial revela que los Tribunales optan por una interpretación estricta del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, reconociendo al trabajador únicamente el derecho a la remuneración por los servicios prestados, cuando éstos efectivamente han sido ejecutados (21). De manera que, puede considerarse que los Tribunales optan decididamente por la eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo, no reconociendo otros efectos a la relación anterior a la declaración de nulidad que la prevista por dicho precepto. Ya que, si se considerara por los Tribunales que la eficacia de la nulidad es *ex nunc* se reconocerían al trabajador otros derechos como el derecho a una indemnización por despido, el derecho a prestaciones sanitarias y otros. Y, sin embargo, las sentencias niegan cualquier derecho que no sea el reconocido expresamente en dicho precepto.

En esta línea, muchos pronunciamientos jurisprudenciales *niegan la existencia de despido* —y, por tanto, la indemnización a que el trabajador tuviera derecho por ello— cuando el contrato deja de ejecutarse por haber sido declarado nulo (22). Otras sentencias, en esta misma línea, niegan el *derecho a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social* (23).

Por otro lado, la STSJ de Aragón, de 8 de mayo de 2000 (AS 2000/2237), expresamente alude al efecto *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo, en un caso en el que se niega al trabajador el *reconocimiento de méritos por el tiempo trabajado en el marco de un contrato nulo* para participar en un concurso de contratación posterior del Ministerio de Defensa. Se dice expresamente en la sentencia que:

(21) En la STSJ de Cataluña, de 14 de marzo de 1997 (AS 1997/1859), en un caso de contrato nulo por carecer el trabajador extranjero de permiso de trabajo, no se reconoce derecho a la remuneración del artículo 9.2 porque se demuestra que el trabajador no había realizado efectivamente ninguna labor en la empresa.

(22) Sentencias que niegan la existencia de derecho al despido:

- STSJ de Extremadura, de 3 de abril de 1996 (AS 1996/2063).
- STSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de diciembre de 1996 (AS 1996/4115).
- STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de enero de 1997 (AS 1997/242).
- STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de marzo de 1997 (AS 1997/487).
- STSJ de Asturias, de 20 de junio de 1997 (AS 1997/1940).
- STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de marzo de 1998 (AS 1998/5640), este caso adquiere relevancia especial porque se había declarado despido improcedente en primera instancia, pero, al declararse nulo el contrato de trabajo, se deniega la existencia del mismo.
- STSJ de Castilla-La Mancha, de 12 de abril de 2000 (AS 2000/2024).
- STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de febrero de 1999 (AS 1999/5142).

(23) Sentencias que niegan el derecho a las prestaciones sanitarias:

- STSJ del País Vasco, de 10 de octubre de 2000 (AS 2000/4466).
- STSJ de La Rioja, de 27 de noviembre de 2001 (AS 2001/3957).

«La radicalidad de la nulidad declarada, se entiende, por tanto, no como una simple derogación o pérdida sobrevinida de vigencia del contrato, sino como una falta de eficacia *ex tunc* del mismo, con las salvedades apuntadas; entre las que no se encuentra, desde luego, la eventual validez “pro futuro” de los servicios prestados».

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de estos servicios prestados bajo contrato nulo como méritos en un posterior concurso, puede perjudicar a terceros ajenos a la relación declarada nula, concretamente a los sujetos que participaran en dicho concurso de contratación. Lo cual puede justificar la solución adoptada.

La STSJ de Asturias, de 16 de abril de 1999 (AS 1999/1147), niega el derecho a la prestación por desempleo.

Ni que decir tiene que si la postura jurisprudencial es contraria a otorgar alguna eficacia a los derechos de los que, de ser válido el contrato, sería titular el trabajador —salvedad hecha, claro está, del derecho a la retribución por el trabajo hecho—, menos virtualidad se reconoce a los que, en tal caso, *pudieran corresponder al empresario*. Éste apenas plantea demandas relacionadas con la efectividad de los derechos que le corresponderían de ser válido el contrato, y cuando lo hace, como en el caso contemplado por la STSJ de Asturias, de 7 de diciembre de 2001 (AS 2001/4266), en que se reclama la cantidad invertida en la formación del trabajador que había sido fijada en el contrato y a cuya devolución se había comprometido el trabajador en caso de abandonar voluntariamente el puesto de trabajo, como así ocurrió, no se le reconocen tales derechos. En el curso de la demanda que originó dicho litigio en el que se reclama la cantidad invertida en la formación del empleado, se declara nulo el contrato, y, desde luego y en coherencia con la posición mantenida por los Tribunales, no se le reconoce a la empresa el derecho a las cantidades que reclamaba.

b) Pronunciamientos que cuestionan la eficacia *ex tunc*

No obstante, existen otros autores laboristas de gran relieve que parecen disentir de la doctrina partidaria de la eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo. Del tratamiento que estos autores hacen de la cuestión, lo más destacable creo que no es la presencia de opiniones divergentes a las sostenidas por los primeros autores referidos —que, por otro lado, ahí están y no hay que restarles la importancia que tienen en el debate—, y ello porque las vierten en obras de carácter general y no en estudios monográficos a propósito de la cuestión, como lo hacen los defensores de la primera tesis expuesta. Por ello, entiendo que lo que realmente debe valorarse de estos otros autores es la adopción de otro punto de vista sobre los efectos de

nulidad del contrato de trabajo; dicha perspectiva, cuando menos, cuestiona que la visión de los primeros —muy marcada, como he dicho, por la doctrina que en materia civil se mantiene sobre la nulidad— sea la más adecuada.

Así, MONTOYA MELGAR considera que *la legislación laboral establece que la nulidad del contrato de trabajo es ex nunc, esto es, desde el momento de su declaración hacia el futuro, y no ex tunc, es decir, hacia el pasado*. Sin embargo, considera, por otro lado, que la relación existente hasta el momento de la declaración de nulidad es extracontractual y la misma tiene eficacia porque así lo dispone la Ley (24). Por su parte, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, que tampoco son muy claros, vienen a considerar, en relación a lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, que *se aminoran o desaparecen así los efectos típicos de la nulidad o invalidez* (25), sugiriendo la posibilidad de una *ineficacia de la invalidez* o de una relación laboral de hecho.

Por otra parte, fuera de la doctrina civilista y laboralista, concretamente entre los mercantilistas, encontramos autores que no muestran prejuicio alguno —conviene tener en cuenta la irretroactividad de la nulidad de las sociedades— al reconocer la inaplicabilidad de la regla de la retroactividad a los contratos cuya prestación sea una obligación de hacer, como el caso del contrato de trabajo (26).

c) Relevancia de la contribución del trabajador a la causa de nulidad

Como decía más arriba, parece que el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores prescinde de la contribución del trabajador a la concurrencia de la causa de nulidad para establecer los efectos de la misma.

Esto contrasta con lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, donde, a la hora de establecer los efectos de la nulidad, se tiene en cuenta la contribución de las partes a la producción de la causa que la origina.

(24) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 273, viene a decir que: *la legislación laboral establece que la nulidad del contrato de trabajo sólo surte efectos ex nunc, esto es, desde el momento de su declaración hacia el futuro*. No obstante, este autor matiza su opinión en el sentido de que él considera que no cabe hablar, pese a ello, de contrato, y sólo de que los efectos del mismo se mantienen pero al margen de la existencia de una relación contractual y se refiere a una *relación de hecho, desconectada de toda idea contractual*.

(25) Vid., en este sentido, ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del Trabajo*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 342: *Hay, como dicen los italianos, una aparentemente paradójica «ineficacia de la invalidez» o, como dicen los alemanes, una aproximación al relacionismo o a la relación laboral «de hecho»*.

(26) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, octubre-diciembre, 1995, pág. 1344.

Además, el antecedente inmediato del artículo 9.2 del ET, a la sazón el artículo 55 de la Ley del Contrato de Trabajo, en coherencia con lo dispuesto en dichos preceptos del Código Civil, sí daba relevancia a tal circunstancia fáctica. Este artículo, cuyo tenor literal era similar al del vigente artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, contenía un inciso final conforme al cual el trabajador no tenía derecho a que se le remunerara el trabajo si la nulidad procedía de su *voluntad maliciosa*.

También el artículo 2.126 del *Codice Civile* italiano, que regula la nulidad del contrato de trabajo —al que luego haremos referencia—, tiene en cuenta tal circunstancia cuando se refiere a la ilicitud de la causa o del objeto, entendiéndose que dichas causas de nulidad requieren cierta connivencia del trabajador con el empresario (27). Por su parte, la doctrina francesa también lo toma en consideración, ya que si la causa de nulidad es provocada negligentemente por el trabajador, no se le pueden reconocer los mismos derechos que tendría si no hubiera contribuido a la nulidad (28).

La doctrina española consultada se encuentra dividida. Vigente el artículo 55 de la Ley del Contrato de Trabajo, algunos autores como DE LA VILLA (29), citando a PÉREZ BOTIJA, criticaban la norma, puesto que consideraban que el dolo o la voluntad maliciosa del trabajador no legitima al empresario a enriquecerse con su trabajo; mucho menos, dice este autor, cuando tal voluntad maliciosa también concurre en el empresario. Por el contrario, otros autores, como ALMANSA (30), consideraban que en el artículo 55 sólo se contemplaba el supuesto de contrato nulo en el que habiendo realizado el trabajo, el empresario no había pagado la contraprestación correspondiente. En este caso, considera el autor que el propio artículo 55 niega al trabajador el derecho a la remuneración si hay voluntad maliciosa del mismo que provoque la nulidad. Los supuestos distintos de nulidad del contrato de trabajo no contemplados en dicho precepto —como cuando las dos prestaciones, la de trabajo y la remuneratoria hubieran sido cumplidas, o en el caso en que sólo se hubiese retribuido sin que el trabajador hubiese prestado servicio alguno— se resolvían, según este autor, aplicando los artículos 1.305 y 1.306

(27) RIVA SANSEVERINO, Luisa, *Comentario del Codice Civile*, a cura del prof. Antonio SCIALOJA, *Libro quinto, Del lavoro, Arts. 2.060-2.246*, Bologna-Roma, 1943, pág. 377, dice que dicha derogación de las consecuencias de la nulidad para el caso de objeto o causa ilícitos está justificada porque requieren cierta culpa por parte del trabajador.

(28) RIVERO, Jean, y SAVATIER, Jean, *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Paris, 1993, pág. 437: en que niega el derecho del trabajador a reclamar los salarios por el trabajo prestado cuando la prestación de trabajo haya sido ilícita o inmoral.

(29) DE LA VILLA, Luis Enrique, «Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las “relaciones laborales de hecho”», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 6, núm. 14, 1962, pág. 463.

(30) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, pág. 57.

del Código Civil. Sin que tal previsión normativa del artículo 55 de la LCT merezca una crítica negativa del autor.

En la actualidad, cuando el vigente artículo 9.2 del ET de los trabajadores no contiene ninguna salvedad al régimen de efectos de la nulidad que establece relativa a la posible contribución del trabajador a la concurrencia de la causa que la provoca, la doctrina consultada, sí atiende dicha circunstancia para modular los efectos de la nulidad del contrato de trabajo, concretamente se niega al trabajador el derecho a la retribución por los servicios prestados si ha provocado la nulidad (31).

C) *La insuficiencia de la solución normativa*

En el debate, acerca de la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo, entiendo necesario sacar a la palestra la cuestión relativa a la eficacia de la solución normativa que proporciona el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de analizar si lo dispuesto en dicha norma atiende suficientemente los intereses que deben protegerse cuando se produce la declaración de nulidad de un contrato de trabajo; en definitiva, si dicha norma resuelve adecuadamente los problemas que una tal situación plantea.

Este precepto únicamente reconoce al trabajador el derecho a percibir la remuneración por el trabajo efectuado a la que hubiera tenido derecho si el contrato fuera válido. Evidentemente, el problema es que no suele ser suficiente con asegurar al trabajador el cobro de la remuneración por el servicio efectuado, ya que, a veces, pueden ser más importantes otro tipo de prestaciones de tipo social derivadas de la existencia de una relación de trabajo, como por ejemplo, la prestación por desempleo, o la atención sanitaria en la Seguridad Social, o el pago de una indemnización por despido, aunque propiamente no quepa hablar de despido. En efecto, acaso sea insuficiente, en orden a salvaguardar los intereses que se entienden merecedores de protección, el establecer, sin más, como efecto de la nulidad, la remuneración del trabajo desenvuelto por el empleado.

La insuficiencia de la solución normativa es percibida también por los partidarios de la eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato laboral de trabajo.

(31) Vid., en este sentido, ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del Trabajo*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 242, y MONTROYA MELGAR, Alfredo y otros, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 67.

La jurisprudencia en este punto no se pronuncia expresamente, pero sí vemos sentencias en las que la causa de la nulidad es la falta de la titulación requerida para el puesto, y en ellas no se discute —porque tampoco se solicita— el derecho del trabajador a que se le pague el trabajo efectivamente realizado. Vid. STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2005 (AS 2005/2066) o la STSJ de 6 de noviembre de 1998 (AS 1998/4734).

Así, para ALMANSA PASTOR la norma del artículo 55 de la LCT —similar al actual art. 9.2 del ET— *sólo faculta al trabajador para exigir la remuneración*. Al hilo de lo cual se plantea lo siguiente: *Supongamos —dice este autor— el caso en el que durante la ejecución de esa prestación laboral haya sobrevenido un accidente de trabajo, sin que el empresario hubiese cubierto con anterioridad la póliza del Seguro de Accidentes de Trabajo. En un contrato de trabajo válido, el empresario deviene responsable, mas ¿qué ocurre si el contrato se anula?* (32). La solución, entiende el autor, viene dada por el principio de *restitutio in integrum*, presente en el régimen general de la nulidad establecido por el Código Civil: *parece lógico pensar que en la restitución entraría todo lo que el empresario debiera al trabajador como responsable por no haber cubierto la póliza del seguro de accidentes de trabajo*. Concluye este autor —en relación, recordemos, al art. 55 de la LCT— entendiendo que *el trasfondo normativo del precepto, la restitutio in integrum, concede al trabajador no sólo el derecho a la retribución, sino todos los derechos que se derivan de las relaciones conexas a la relación laboral individual durante el tiempo en que ésta ha tenido existencia*. En definitiva, este autor viene a reconocer que se trata de que el trabajador *pueda disfrutar de todos los derechos derivados de la relación laboral principal y de las conexas* (33). Y ello en base al principio de la *restitutio in integrum*.

Al margen de la valoración que merezcan estas afirmaciones, lo que sí revela el discurso de este autor es la necesidad de que la protección que al trabajador procura el Derecho del Trabajo y que tiene como base, en principio, la existencia de un contrato válido, no sea hurtada a quien ha ejecutado una prestación laboral en el marco de un contrato anulado.

Ahora bien, dicha protección, según los autores que se pronuncian en la actualidad sobre esta cuestión, sólo le corresponde cuando no ha provocado con su negligencia la causa de la nulidad, porque si la hubiera provocado no tendría derecho a ella, y según dichos autores consultados y ya citados, tampoco a la retribución por el trabajo efectivamente ejecutado.

D) *Mecanismos de superación de la insuficiencia normativa*

Para solventar el problema de la insuficiencia de la norma contenida en el artículo 9.2 de la Ley del Contrato de Trabajo, puede recurrirse a dos expedientes: la existencia de una relación laboral de hecho, o bien a considerar la eficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad del contrato de trabajo.

(32) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, págs. 53-54.

(33) ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, pág. 64.

a) La existencia de una relación laboral de hecho

Si entendemos que la declaración de nulidad del contrato de trabajo no representa ninguna excepción a la eficacia *ex tunc* de la nulidad con carácter general, y, en consecuencia, consideramos que dicho contrato no ha podido surtir ningún efecto, puede afirmarse que la prestación de trabajo ha tenido ocasión en el marco de una *relación laboral de hecho*.

Así aluden a la *teoría relacionista*, al hilo de la nulidad del contrato laboral de trabajo, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (34). Por su parte, a PALOMEQUE LÓPEZ, firme partidario de la eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo, no deja de parecerle *atractiva la tesis de la «relación laboral de hecho» (e incluso de conveniente implantación en nuestro ordenamiento laboral)*, aunque no la comparte (35). Por su parte, MONTOYA MELGAR considera que *puede inducir a pensar que se está ante una auténtica relación de hecho, desconectada de toda idea contractual* (36).

La teoría relacionista responde a la búsqueda del núcleo en torno al cual se configura el Derecho del Trabajo. Sin ánimo de profundizar en el estudio de la misma puede considerarse que, según esta teoría, este sector del Ordenamiento Jurídico gira y está ordenado a regular, no tanto el contrato laboral de trabajo, cuanto la prestación laboral de servicios, y ello con independencia de que ésta tenga lugar en el marco de un contrato como fuera de él.

Siguiendo esta idea, puede considerarse que la nulidad del contrato no impide que la relación existente hasta ese momento entre el empresario y el trabajador siga entendiéndose regida por las normas del Derecho Laboral. Lo que supondría, si no entiendo mal el alcance de dicha tesis a los efectos que ahora nos ocupan, que el trabajador tendría los mismos derechos que si el contrato fuera válido. Se entiende, coherentemente con esta opinión, que el contenido del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores demuestra que nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral contempla como objeto de regulación la relación laboral de hecho, y precisamente esto es lo que determina el contenido de la norma (37).

(34) ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del Trabajo*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 342.

(35) PALOMEQUE LÓPEZ Manuel Carlos, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, pág. 149.

(36) MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 273.

(37) Vid. DE LA VILLA, Luis Enrique, «Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las “relaciones laborales de hecho”», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 6, núm. 14, 1962, pág. 460 y sigs. Viene a decir este autor lo siguiente —pág 466—: *En conclusión: el artículo 55 de la LCT está previsto para regular supuestos en los que, dada la inexistencia o la nulidad del contrato de trabajo celebrado, ex-*

No obstante, la teoría relacionista, procedente de la doctrina alemana, y sostenida hace tiempo por algunos autores españoles (38), puede considerarse hoy superada (39). Se viene a entender que nuestro Ordenamiento contempla como *única fuente constitutiva de la relación laboral, la contractual* (40).

b) ¿Por qué no la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo?

Otra explicación que permitiría superar la insuficiencia de la literalidad del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores para resolver adecuadamente los problemas que la nulidad del contrato plantea cuando la causa de la nulidad no es imputable al trabajador, podría venir sugerida por los, a mi modo de ver, *inseguros* pasos de relevantes autores laboristas que hemos mencionado anteriormente. Hemos dicho que en algunos manuales de Derecho del Trabajo se aludía expresamente en algunos casos, y en otros más bien se sugería, la eficacia irretroactiva o *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo (41).

Conforme a esta lectura, podría entenderse que el contenido de dicha norma viene dado porque se establece una excepción al régimen general de la eficacia de la nulidad de los contratos, estableciéndose la eficacia *ex nunc* de la nulidad de los contratos laborales. La consecuencia es que, en tal caso, el trabajador no sólo tendría derecho a la retribución por el trabajo efectivamente realizado, sino que podría ser titular de otros derechos derivados de un contrato laboral válido.

Para apoyar esta lectura del precepto, nos basamos en dos argumentos que entiendo son de peso. Por un lado, el Derecho comparado, y, por otro, el vigente artículo 36.3 de la LO 4/2000, que regula la nulidad del contrato de trabajo celebrado por extranjeros sin permiso.

presa o tácitamente, se ha originado una relación de trabajo —nacida de la prestación efectiva del mismo— que por determinación legal produce ciertos efectos...

(38) Sobre esta tesis puede consultarse, además del artículo citado en la nota anterior, los estudios de POLO, Antonio, «Del contrato a la relación de trabajo», publicados en la *Revista de Derecho Privado*, 1941, núm. 288, enero —págs. 1 a 17—, y febrero, núm. 289 —págs. 80 a 95—. También DE LA VILLA, Luis Enrique, «Relaciones laborales de hecho», en la *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1961, núm. 47, pág. 3 y sigs.

(39) En contra de la tesis relacionista: SUÁREZ GONZÁLEZ, «El origen contractual de la relación jurídica de trabajo», en *Cuadernos de Política Social*, núm. 48, pág. 69 y sigs.

(40) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, págs. 146 a 148.

(41) MONTÓYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, edit. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 273, que dice expresamente que la eficacia de la nulidad del contrato de trabajo es *ex nunc*; ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del Trabajo*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 342, que hablan de *ineficacia de la invalidez*.

b.1. Derecho Comparado

Un análisis de Derecho Comparado, y concretamente del Derecho francés y del italiano, vendría en apoyo de la interpretación propuesta del precepto.

El Ordenamiento jurídico italiano introduce en el *Codice Civile* de 1942 una norma sobre el particular estableciendo, para tutelar al trabajador en régimen de dependencia (42), en el artículo 2.126 del *Codice Civile*, lo siguiente:

2126. *Prestazione di fatto con violazione di legge.*—La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione.

Es decir, en Derecho italiano, la nulidad del contrato de trabajo no tiene efecto retroactivo, sino que ésta sólo proyecta sus efectos hacia el futuro (43). Salvo en caso de que la nulidad se deba a ilicitud de la causa o del objeto, se entiende que, entonces, hay cierta culpa del trabajador, como en el caso de actividades contrarias a las buenas costumbres. Cuando el contrato sea nulo por contravenir normas protectoras del trabajador, éste tendrá derecho a la retribución en cualquier caso.

Pero acaso sea de más valor, en orden a encontrar un apoyo, la solución que al problema se proporciona por parte del *Derecho francés*, en cuanto que, la ausencia de una norma que específicamente contemple la cuestión, no impide a la doctrina y a la jurisprudencia afirmar decididamente la irretroactividad de la nulidad del contrato de trabajo. Se reconoce al trabajador no sólo derecho a la remuneración por la prestación de servicios efectivamente ejecutada —salvo que haya sido ilícita o inmoral—, sino otros derechos sociales que le hubieran correspondido en caso de que el contrato fuera válido, como ayudas familiares, seguridad social o prestaciones por accidentes laborales. Evidentemente siempre y cuando la causa de la nulidad no se deba a culpa o negligencia del trabajador (44).

(42) Vid., en este sentido, RIVA SANSEVERINO, Luisa, *Comentario del Codice Civile*, a cura del prof. Antonio SCIALOJA, *Libro quinto, Del lavoro*, Art. 2.060-2.246, Bologna-Roma, 1943, pág. 377.

(43) ROCCELLA, Massimo, *Manuale di Diritto del lavoro. Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Torino, 2005, pág. 111: *l'art. 2.126 si limita ad introdurre una deroga rispetto al regime generale della retroattività della dichiarazione di nullità e della pronuncia d'annullamento.*

(44) RIVERO, Jean, y SAVATIER, Jean, *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Paris, 1993, pág. 437 y sigs., donde se cita jurisprudencia sobre esta cuestión y en esta misma dirección. Vid. también MALAURIE, Philippe, y AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit*

b.2. La nulidad del contrato de trabajo celebrado por extranjeros sin permiso de trabajo: el artículo 36.3 de la LO 4/2000

Por otro lado, entiendo que un apoyo importante a la lectura que se propone del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores es la regulación que se ha efectuado en Derecho español de un supuesto específico de nulidad del contrato de trabajo; concretamente se trata de los contratos de trabajo celebrados por extranjeros sin permiso de trabajo.

El artículo 36.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificado por LO 8/2000, de 22 de diciembre —antes de esa modificación el actual art. 36.3 era el art. 33.3—, y por LO 14/2003, de 20 de noviembre), establece, al respecto, que:

La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de seguridad social, *no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.*

Entiendo que este precepto supone un importante punto de apoyo a la tesis que aquí se propone. Y ello porque no es que se regule aquí un efecto de la nulidad, cual es el de la restitución de las prestaciones, como podría sostenerse respecto a la obligación de remunerar el trabajo realizado que establece el artículo 9.2, sino que expresamente se dice que el contrato no se invalidará respecto a los derechos del trabajador; parece tratarse de la *ineficacia de la invalidez* a la que se refieren los autores italianos cuando interpretan el artículo 2.126 del Codice (45) y que mencionan entre nosotros ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE (46).

i) Supuesto de hecho: causa de nulidad imputable al empresario

El análisis que se hace de este precepto a los efectos que nos interesan de configurarlo como aplicación concreta del principio que inspira la norma del artículo 9.2 del ET y que es, en nuestra opinión, el de efica-

Civil. Les obligations, édit Cujas, Paris, 1990, § 589, pág. 317. WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Droit civil. Les obligations*, edit Dalloz, Paris, 1975, págs. 356 y 357, § 311. En contra: BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 1991, § 197, págs. 103 y 104.

(45) RIVA SANSEVERINO, Luisa, *Comentario del Codice Civile*, a cura del prof. Antonio SCIALOJA, *Libro quinto, Del lavoro, Art. 2.060-2.246*, Bologna-Roma, 1943, pág. 377.

(46) ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, Emilia, *Derecho del Trabajo*, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 342.

cia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo, no puede prescindir de la circunstancia de que su supuesto de hecho presupone que la causa de nulidad no la provoca el trabajador. En efecto, la carencia de permiso de trabajo no puede considerarse como una causa de nulidad provocada por el trabajador, en la medida en que el propio artículo 36.3, primer párrafo, de la LO 4/2000 pone a cargo del empresario la obligación legal de solicitar dicho permiso cuando contrata laboralmente a un extranjero que no disponga del mismo.

Ahora bien, debe atenderse a que, aunque la Ley ponga a cargo del empresario la obligación de solicitar el permiso de trabajo, puede ocurrir que en algunos casos su carencia se deba a negligencia del trabajador. En estos casos entiendo que no debe procederse a la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el precepto. En este sentido se pronuncia, con bastante sensatez, a mi modo de ver, la STSJ de Madrid, de 15 de junio de 2004 (AS 2004/2479). En ella se aborda el problema planteado por un trabajador al que no se le renueva el permiso de trabajo en base al que estaba trabajando, y el cual expiraba el 20 de julio de 2002. La renovación del permiso no es solicitada por el trabajador hasta el 12 de marzo de 2003, justo un día después de que la empresa le solicitara su aportación. Este trabajador al que se le comunica que abandone el trabajo por haberse extinguido la relación laboral al carecer de dicho permiso, demanda a la empresa por despido, el cual no le es concedido. El recurso contra la sentencia que así lo había decidido no es estimado y por tanto se confirma la inexistencia de despido en base a la siguiente consideración:

«En el presente supuesto, no es el empresario el que carece de la autorización administrativa para contratar, sino el trabajador el que ha dejado caducar su permiso para trabajar y si bien ello no determina la nulidad del contrato, no puede impedir que operen las causas de extinción válidamente previstas en el mismo, entre ellas, la subsistencia y vigencia del permiso de trabajo. La previsión de esta causa como de extinción del contrato, no se estima contraria a derecho, pues está en manos del trabajador, parte débil del contrato, la renovación de los permisos que le habilitan para trabajar. En efecto, el Reglamento 864/01 de ejecución de la LO 4/00 reformada por la LO 8/00, legitima al extranjero para solicitar la renovación de los permisos de trabajo, en los plazos que marca el artículo 82, ninguno de los cuales fueron respetados por el recurrente quien voluntariamente dejó caducar su permiso de trabajo y dio entrada a la causa prevista como de extinción de su contrato de trabajo. Frente a ello estimamos que no puede alegarse que el nuevo artículo 36 de la LO 8/00 preserva los derechos del trabajador extranjero siempre y en todo caso, pues tal salvaguarda se establece frente a actuaciones del empresario y en orden a exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, pero no preserva el contrato de trabajo frente a la negligencia del trabajador que no da cumplimiento a la normativa que le afecta y a cuya observancia se supedita no tanto la validez sino la propia subsistencia del contrato».

Ahora bien, también es cierto que otras sentencias imputan al empresario la causa de esta nulidad sin entrar a valorar otras circunstancias que puedan indicar la imputabilidad al trabajador de la causa de nulidad. Así, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 16 de junio de 2005 (AS 2005/2163) en la que se afirma terminantemente la imputabilidad de la carencia de permiso de trabajo al empresario. La relevancia de esta sentencia se debe a que el empresario alude en el litigio a la circunstancia fáctica de que al comenzar la relación laboral la trabajadora sí tenía permiso de trabajo, pero que, tras caducársele, pese a la insistencia de la empresa, la trabajadora solicitó la renovación fuera de plazo y, en consecuencia, se le denegó. La sentencia no se pronuncia sobre si tal afirmación se considera probada o no; simplemente prescinde de ella, e imputa, por mandato legal la causa de nulidad al empresario. En esta misma línea, la STSJ de Canarias, de 30 de marzo de 2005 (AS 2005/993), no toma en consideración que la trabajadora extranjera, que no tenía permiso de trabajo, había usado una identidad falsa en base a la cual sí tenía dicho permiso, pese a ello se declara el despido improcedente.

ii) El supuesto de hecho es similar al del artículo 9.2 del ET

Podría pensarse que la consecuencia jurídica del artículo 36.3 de la LO 4/2000, que consiste en reconocer al trabajador todos los derechos derivados del contrato de trabajo como si fuera válido, se debe a que la causa de nulidad es imputable al empresario, mientras que en el artículo 9.2 del ET la consecuencia jurídica que consiste en reconocer al trabajador exclusivamente el derecho a la remuneración, se debe a que prescinde de la circunstancia de quién ha provocado la causa de nulidad.

Sin embargo, la aparentemente diferente extensión de los derechos reconocidos a los trabajadores en el marco de un contrato nulo por uno y otro precepto, no puede traer causa de dicha circunstancia, si tomamos en consideración, que según los autores más arriba citados (47), el artículo 9.2 sólo podría contemplar el supuesto de nulidad provocada por causa imputable al empresario. Y ello porque, según doctrina laboralista, cuando la causa es imputable al trabajador, éste no tendría derecho ni a dicha remuneración, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

Por lo tanto, si entendemos que en el artículo 9.2 sólo se contempla el caso en el que el trabajador no ha provocado la nulidad, habrá que convenir que se está normando un supuesto de hecho similar al del artículo 36.3 de la LO 4/2000.

(47) Vid. el apartado B en que se aborda la «Relevancia de la contribución del trabajador a la causa de la nulidad».

- iii) Por lo tanto: entender que la consecuencia jurídica es diversa provoca discriminación

Por lo tanto entender que el único derecho que tiene el trabajador al que se aplique el artículo 9.2 es el derecho a la retribución por el trabajo efectuado, mientras que aquél al que se aplica el artículo 36.3 de LO 4/2000 tiene más derechos, sería discriminatorio para el primero. Discriminación que, entiendo, no tiene justificación alguna.

- iv) Conclusión: el artículo 9.2 presupone la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo

Por ello, considero mejor entender que la consecuencia jurídica prevista en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores trae causa de la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo, y que no sólo se debe reconocer al trabajador el derecho a la remuneración por el trabajo efectuado, sino que también se le deben reconocer otros derechos que le hubieran correspondido si la relación hubiera sido válida, como, por ejemplo, el derecho a las prestaciones sanitarias. De este modo, todos los trabajadores son tratados equitativamente ante la nulidad provocada por el empresario.

Sirve de apoyo a esta lectura el pronunciamiento de la STSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2005 (2005/1213), en el siguiente sentido:

«Pero no es menos cierto que, con el paso del tiempo, se ha ido abriendo en la doctrina judicial y científica una línea interpretativa más homogénea e integradora, defensora de la producción de efectos, no sólo remuneratorios, sino también de los propios de las prestaciones de Seguridad Social, cuyas líneas de fuerza argumental son las siguientes:

El concepto de remuneración a que se refiere el artículo 9.2 del ET (RCL 1995, 997) no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria, sino que debe abarcar todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios (MARÍN CORREA)».

De modo que puede entenderse que dicho artículo 36.3 no es sino una aplicación concreta de lo dispuesto en el artículo 9.2 del ET. Lo que ocurre es que la redacción del artículo 36.3 de la LO 4/2000 es mucho más clara a la hora de afirmar la eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de trabajo.

Me parece importante reiterar que tal lectura del precepto sólo cabe cuando el trabajador no ha contribuido a la causa de la nulidad, porque en tal caso, según la doctrina laboralista no tendría derecho ni tan siquiera a la retribución que concede dicho precepto, y ello por aplicación de lo previsto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

v) La jurisprudencia tras el artículo 36.3 de la LO 4/2000

El artículo 36.3 ha provocado un cambio de rumbo en los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a los contratos nulos por carencia del permiso de trabajo.

Conviene señalar que, con anterioridad a la promulgación de esta norma, los casos de contratos de trabajo nulo por incapacidad del trabajador al ser extranjero y carecer del permiso correspondiente eran tratados como los demás. Es decir, no se reconocía otro derecho al trabajador que el del artículo 9.2 del ET, es decir, el derecho a la remuneración por los servicios efectivamente prestados (48). Tras la promulgación de esta ley, son numerosas las sentencias que reconocen al trabajador extranjero los mismos derechos que se otorgarían si el contrato fuera válido.

El Tribunal Supremo ha hecho aplicación de este precepto en la sentencia de 9 de junio de 2003 (*RJ* 2003/3936) en la que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria por accidentes de trabajo a un extranjero sin permiso de trabajo. También en la sentencia de 29 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/7446) se reconoce la existencia de despido nulo a una trabajadora extranjera sin permiso de trabajo, puesto que el motivo del despido fue que la misma se había quedado embarazada. No obstante, conviene reseñar que el permiso de trabajo había sido solicitado aunque no se había contestado ni positiva ni negativamente la solicitud cuando la trabajadora es despedida.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón reconoce derechos al trabajador extranjero sin permiso de trabajo propios de un contrato válido. Así la

(48) En este sentido es muy aclaratoria sobre la doctrina que se venía aplicando el pronunciamiento de la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 16 de junio de 2005 (*AS* 2005/2163) en su Fundamento de Derecho Tercero:

«La cuestión sometida a la consideración de la Sala es la relativa a la validez de un contrato de trabajo concertado con extranjero sin permiso de residencia o trabajo o con el mismo extinguido por la no renovación del mismo.

El artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores (*RCL* 1995, 997) establece que: “Podrán contratar la prestación de su trabajo: c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

La doctrina unificada venía interpretando tal precepto en el período en que estaba en vigor la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (*RCL* 1985, 1591) sobre derechos y obligaciones de los extranjeros en España y su Reglamento (*RCL* 1986, 1899, 2401) (por todas, la STS de 21 de marzo de 1997 [*RJ* 1997, 3391]) que el contrato concertado con un extranjero sin permiso de residencia ni de trabajo es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1.275 del Código Civil (*LEG* 1889, 27), en relación con el artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores, declaración de nulidad que ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (exigir la remuneración correspondiente al tiempo trabajado, sin derecho a indemnización alguna por despido (STS de 8 de junio de 1987 [*RJ* 1987, 4137])).

STSJ de Aragón, de 9 de septiembre de 2002 (AS 2002/2951) (49) reproduciendo otra del mismo Tribunal de 28 de junio de 2001 (AS 2001/2537), considera que:

«Los mentados preceptos evidencian una tendencia a la protección social de los emigrantes que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena, que genera una determinada protección social, y no en la suscripción de un contrato de trabajo, cuya nulidad produce, como regla general efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, cuando se trata del reconocimiento de derechos derivados de un accidente de trabajo, por lo que esta Sala ... no puede sino concluir que conforme al citado principio de igualdad de trato, todo extranjero, aun sin permiso de trabajo, debe quedar protegido frente a los accidentes de trabajo».

Posteriormente confirma esta doctrina en STSJ de Aragón, de 1 de abril de 2004 (AS 2004/3076) en la que se reconocen *los derechos derivados de accidente laboral*, al igual que la STSJ de Madrid, de 14 de marzo de 2005 (AS 2005/1213).

Aunque de un Juzgado menor, es interesante la sentencia del Juzgado de lo Social, número 2 de Pamplona, de 8 de junio de 2000 (AS 2000/1639), que reconoce a una empleada del hogar extranjera sin permiso de trabajo no sólo la remuneración por los servicios prestados, sino también la parte proporcional de paga extra y vacaciones, además del abono de la indemnización por fallecimiento del empresario contemplada en el artículo 49 del ET.

Otras sentencias reconocen el derecho a la existencia de *despido improcedente*, como la STSJ de la Comunidad Canaria, de 30 de marzo de 2005 (AS 2005/993), y ello pese a que la trabajadora extranjera había usado una identidad falsa en base a la cual acreditó tener permiso de trabajo. En este mismo sentido, la anteriormente citada STSJ de la Comunidad Valenciana, de 16 de junio de 2005 (AS 2005/2163) reconoce la existencia de *despido improcedente* cuando se comunica a la trabajadora extranjera sin permiso que se pone fin a la relación laboral —sin entrar a analizar si la falta de la prórroga del permiso de trabajo era imputable a la trabajadora o al empresario, como se ha explicado más arriba.

Esta norma, por lo dicho, entiendo que debería provocar un cambio en la jurisprudencia relativa a trabajadores que no sean extranjeros sin permiso, pero que trabajan en el marco de un contrato laboral declarado nulo por causa imputable al empresario; es decir, a aquellos trabajadores a los que sea de aplicación el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores en caso de nulidad del contrato.

(49) Esta sentencia es objeto de un recurso para la unificación de doctrina ante el TS y se confirma la STSJ de Aragón por STS de 9 de junio de 2003 (RJ 2003/3936).

2. SOCIEDADES MERCANTILES: ANÓNIMA Y DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

El régimen general de los efectos de las nulidades que establece el Código Civil se ha venido considerando inadecuado para su aplicación a las sociedades. La eficacia retroactiva de la nulidad, con la consiguiente restitución de las prestaciones, no soluciona adecuadamente los problemas que suscita la de las sociedades mercantiles, en cuanto que no protege adecuadamente los intereses que, ante una situación de este tipo, se entiende que merecen ser atendidos por el Ordenamiento.

A) *Regulación jurídica*

Esta inadecuación del régimen general de la nulidad —concretamente, lo referente a su eficacia retroactiva— para solventar los problemas que plantea la nulidad de las sociedades, ha hecho que se hayan regulado específicamente sus efectos; concretamente en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y procedente de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades) y en el artículo 17 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estos preceptos son del siguiente tenor:

Artículo 35 del TRLSA. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en la presente Ley para los casos de disolución.
2. La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación.
3. Cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar sus dividendos pasivos.

Artículo 17 de la LSRL. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La sentencia que declare la nulidad de la sociedad abre su liquidación, que se seguirá por el procedimiento previsto en esta Ley para los casos de disolución.
2. La nulidad no afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiendo unas y otros al régimen propio de la liquidación.
3. Los socios, cuando se dé el supuesto del artículo 16.1.d) de esta Ley [este precepto establece como causa de nulidad el no desembolso íntegro del capital social], estarán obligados a desembolsar la parte del capital social suscrita y no desembolsada íntegramente.

Conforme a estos dos preceptos, la declaración de nulidad de una sociedad del tipo de las contempladas determina que ésta entre en proceso de liquidación. Por otro lado, la eficacia de las relaciones obligatorias con terceros ajenos a la misma no se va a ver afectada por dicha declaración. Además, pese a dicha nulidad, los propios socios deberán cumplir el contrato ya que, cuando sea necesario para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por la sociedad anónima, deberán proceder a realizar los desembolsos pasivos a los que se comprometieron; en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, si la causa de nulidad es que no se ha desembolsado íntegramente el capital social, deberá procederse a su desembolso por parte de los socios.

B) *Interpretación doctrinal de la regulación*

Frente a opiniones minoritarias, e incluso aisladas, que consideran que nos encontramos ante una *mera adecuación* del efecto restitutorio típico de la nulidad establecido por las normas de Derecho común a las peculiaridades propias de las sociedades (50), la mayoría de la doctrina mercantilista conviene en afirmar que lo dispuesto en el artículo 35 del TRLSA y en el artículo 17 de la LSRL representa una *excepción al régimen general* establecido por el Código Civil sobre los efectos de la nulidad (51); una excepción de tal

(50) En relación a la sociedad anónima: LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, 1994, pág. 319. Considera que *los efectos de la declaración de nulidad, determinadamente establecidos por el artículo 35 TRLSA, lejos de apartarse del régimen civil de este tipo de ineficacia, no hace sino adecuar el general mecanismo restitutorio en caso de nulidad a las peculiaridades características de la sociedad anónima cuando ésta es declarada nula*. No obstante, este autor considera que *conviene matizar en tales extremos los absolutos términos de retroactividad en beneficio de los terceros —cuya posición no puede ser menoscabada por las deficiencias de la fase contractual y formativa—, de los propios socios incorporados a la actividad organizativa, así como de la misma sociedad anónima, ente con su propia personalidad jurídica independiente de la de quienes la crearon. Están en juego la seguridad del mercado y con él la del tráfico jurídico mercantil*.

(51) En este sentido pueden consultarse: EIZAGUIRRE (DE), José María, «La sociedad nula», en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 281 y sigs.; SÁNCHEZ CALERO, Fernando, «La sociedad nula», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, edit. Civitas y Facultad de Derecho de Albacete, Madrid, 1991, pág. 1011 y sigs.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1995; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1995, pág. 1339 y sigs.; BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La nulidad de las sociedades anónimas*, edit. La Ley, Madrid, 1992, pág. 89.

En relación a las sociedades de responsabilidad limitada, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, VIGUERA RUBIO y DÍAZ MORENO, en VV.AA., en *Comentario al régimen legal de las sociedades*

calibre que se llega incluso a cuestionar si nos encontramos ante un supuesto de nulidad (52). GARCÍA-CRUCES, por su parte, rechaza el que el análisis de la nulidad de las sociedades se haga desde una perspectiva civilista y se plantee como una excepción a la regla general del Código Civil (53).

Centrándonos en lo que nos interesa, conviene precisar el momento en el que, como consecuencia de la sentencia de nulidad, queda sin efecto la sociedad y el contrato que la origina, es decir, se trata de ver si la sentencia de nulidad determina la ineficacia *ab initio* del contrato de sociedad y de la personalidad jurídica que crea, y, por lo tanto, cabe predicar de dicha sentencia su eficacia *ex tunc*; o, si por el contrario, dicha sentencia no tiene tal consecuencia. A este respecto, convienen los mercantilistas en que no es que la nulidad de la sociedad no tenga efectos retroactivos, y los tenga *ex nunc*, lo cual ya representaría una excepción al régimen general, sino que la excepción va más allá: tras la sentencia de nulidad, la sociedad, aunque inválida, sigue siendo *existente* para los terceros y para los socios (54), entrando en un proceso liquidatorio —en el cual, incluso puede entrar en relación con terceros— que desembocará en su extinción (55).

mercantiles, Tomo XIV, edit. Civitas, Madrid, 1999, págs. 491-492: *la sentencia de nulidad no produce los efectos ordinarios de la nulidad de los negocios jurídicos: no implica ineficacia de la sociedad, ni retroactiva ni para el futuro... los efectos propios de la nulidad de la limitada, una vez recaída sentencia firme, no se proyectan nunca hacia atrás en el tiempo... puede hablarse de eficacia ex nunc de la sentencia de nulidad...*

(52) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, «La sociedad nula», en VV.AA., *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, *La Fundación*, edit. Civitas y Facultad de Derecho de Albacete, Madrid, 1991, págs. 1011 y 1012.

Profundiza más en la idea apuntada por SÁNCHEZ CALERO sobre si realmente estamos ante una verdadera nulidad, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, octubre-diciembre de 1995, que concluye —pág. 1389— que *la coincidencia entre el régimen general y el particular de las sociedades sólo recaería en el carácter originario del vicio o causa que determina la ineficacia*.

(53) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1995, rechaza que el análisis de la nulidad de las sociedades se efectúe desde la óptica del régimen general de la nulidad contenido en el Código Civil y, por ello, no entiende acertado que se analice el problema como una excepción al régimen general. Vid. nota núm. 95 al pie de la pág. 1376.

(54) Sin embargo, hay quien considera que la nulidad de la sociedad es *ex tunc* entre los socios: en este sentido, vid. BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La nulidad de las sociedades anónimas*, edit. La Ley, Madrid, 1992, págs. 90-91. No obstante, me parece más acertada la opinión de quienes sostienen que también entre los socios el efecto es *ex nunc*: vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1995, pág. 1378.

(55) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de*

La regulación de los efectos de la declaración de nulidad de una sociedad no pretende una vuelta a la situación anterior a la existencia de la misma, sino que lo que intenta es proteger los intereses que pueden verse afectados o perjudicados por el hecho de que una persona jurídica nula haya operado en el tráfico. El legislador ha considerado en este sentido que sólo entendiendo existente esa sociedad, aun después de haber sido ésta declarada nula por sentencia, se protegen suficientemente los intereses que merecen ser tutelados (56).

Y lo que ahora nos interesa es precisar cuáles son esos intereses que se protegen. Es evidente que lo que se ampara mediante esta regulación es a los terceros que contratan con la sociedad anónima durante el tiempo que ésta interviene en el tráfico (57), lo cual pasa por hacerla eficaz también entre los socios. A través de la protección de los intereses de los terceros, se ampara también la seguridad del tráfico, *que es lo mismo que proteger su agilidad y eficiencia* (58).

Por otro lado, e íntimamente unido al efecto irretroactivo o *ex nunc* de la nulidad de la sociedad anónima se afirma mayoritariamente que la sentencia que la determina es constitutiva, lo cual es una excepción al carácter declarativo que se otorga con carácter general a las sentencias que acuerdan la nulidad (59).

Derecho Mercantil, núm. 218, octubre-diciembre de 1995, pág. 1379, viene a decir que la tutela de todos los intereses afectados... conlleva la exigencia de que aquella sociedad viciada sea tratada como si no lo fuera.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1995, pág. 164: *En rigor, la sentencia de nulidad de la anónima no produce, ni ex tunc ni ex nunc, los efectos ordinarios de la nulidad de los negocios jurídicos, es decir, no implica ineficacia de la sociedad, ni retroactiva ni para el futuro. Sin embargo, si nos situamos al margen del concepto de ineficacia —lo que es obligado en relación con la nulidad de la sociedad anónima inscrita— sí es posible observar que los efectos propios de la nulidad de la anónima, una vez recaída sentencia firme, no se proyectan nunca hacia atrás en el tiempo. En este sentido y al igual que ocurre en la hipótesis de disolución judicial, sí podría hablarse fundadamente de eficacia ex nunc de la sentencia de nulidad, ya que ésta abre la liquidación y éste es un efecto que, por su propia naturaleza, sólo puede producirse ex nunc y nunca ex tunc.*

(56) En este sentido, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, VIGUERA RUBIO y DÍAZ MORENO, en *VV.AA., Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 492.

(57) Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1995, pág. 164: *Por otra parte, el hecho de que la sentencia que declare la nulidad abra la liquidación de la sociedad debe ser considerado como la respuesta del Ordenamiento a la necesidad de proteger los intereses de los terceros que contrataron con ella.*

(58) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Civitas, Madrid, 1995, pág. 165.

(59) Vid., en este sentido, BOQUERA MATARREDONA, Josefina, *La nulidad de las sociedades anónimas*, edit. La Ley, Madrid, 1992, pág. 86.

C) *Situación normativa anterior a la vigente*

Los efectos de la nulidad de las sociedades se establecen de manera clara en la actualidad, como ya hemos visto, pero dicha regulación carece de precedentes en Derecho español, ya que la normativa aplicable con anterioridad no contemplaba esta cuestión. Es interesante comprobar cómo se amparaban entonces los intereses merecedores de protección. No existiendo regulación específica al respecto, la norma aplicable era el Código Civil y, por tanto, había que tener en cuenta el carácter retroactivo de la declaración de nulidad, siendo evidente —a la vista del contenido de la normativa vigente— que tal solución resultaba inadecuada para amparar a esos terceros y al propio tráfico jurídico (60).

La doctrina mercantilista convenía en entender aplicables las normas de Derecho común sobre nulidad de los contratos. Ahora bien, entendían que debían aplicarse con exquisito tacto para no perjudicar los intereses de los terceros que hubieran entrado en relación con la misma, ya que se era consciente de *las graves alteraciones que para el tráfico, tanto en sentido jurídico como económico, pueden derivarse del sometimiento de supuestos de tal género, por hipotéticos que pudieran ser, a las normas civiles de la nulidad de los actos jurídicos* (61).

Vinculada con esta necesidad de matizar los efectos del régimen general de la nulidad para proteger determinados intereses en el caso de nulidad de la sociedad se encuentran las tesis de la *sociedad de hecho* (62), proce-

No obstante, matizan esta opinión generalizada JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., y DÍAZ MORENO, Alberto, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, Tomo III, vol. 2.º, *Nulidad de la sociedad*, Civitas, Madrid, 1995, en la pág. 162, y estos mismos autores en relación a la sociedad de responsabilidad limitada —JIMÉNEZ SÁNCHEZ, VIGUERA RUBIO y DÍAZ MORENO, en VV.AA.—, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 490, que: *la sentencia de nulidad es declarativa de la causa de nulidad y constitutiva con respecto a la apertura de la liquidación*.

En contra de la opinión mayoritaria que otorga carácter constitutivo a la sentencia de nulidad de la sociedad: LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, 1994, en nota a pie núm. 24 de la pág. 319: *Planteamiento este que nos hace desestimar la consideración del carácter constitutivo de la sentencia... Que la sentencia de nulidad determine la producción de ciertos efectos ex nunc no contradice ni colisiona con su carácter declarativo de la nulidad existente desde el momento fundacional*.

(60) Dice EIZAGUIRRE (DE), José María, «La sociedad nula», en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, —pág. 337— *la prevalente doctrina mercantil... aboga por la eliminación de tan nefastas consecuencias; negando efectos retroactivos a la declaración de nulidad (eficacia ex nunc) y, proponiendo en su lugar la disolución de la sociedad nula con apertura del proceso liquidatorio*.

(61) EIZAGUIRRE (DE), José María, «La sociedad nula», en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 288.

(62) Conviene recordar que uno de los mecanismos para resolver los problemas que planteaba la nulidad del contrato de trabajo era la relación laboral de hecho.

dente del Derecho francés, y también la doctrina alemana de la *Faktische Gesellschaft* (63).

Algunos autores consideran que la protección de los terceros venía dada, en Derecho español, por el principio de fe pública registral recogido en el artículo 3.º-II-2 del Reglamento del Registro Mercantil. Es decir, se considera que la nulidad de la sociedad es *inoponible* retroactivamente a los terceros de buena fe, cuyos intereses quedaban así protegidos. Se entendía que la nulidad de la sociedad tenía efectos *ex tunc* entre los socios, pero dicha nulidad no era oponible a los terceros de buena fe, protegidos por el principio de fe pública registral hasta la inscripción de la sentencia de nulidad. Alude EIZAGUIRRE, al referirse a esta cuestión, a que se trata de una *ineficacia relativa* (64).

D) Análisis jurisprudencial

El doble control notarial y registral en la fase de constitución de las sociedades hace que apenas se planteen en la práctica casos de nulidad de las mismas. La jurisprudencia se reduce a unos pocos casos. Dos de ellos afirman la nulidad de la sociedad —en los dos casos se trata de sociedades anónimas—: STS de 9 de junio de 1992 (*RJ* 1992/4999) y STS de 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989/5715). Aunque ninguna de estas sentencias alude a la problemática de los efectos, centrándose más en el análisis de la concurrencia de alguna de las causas de nulidad previstas legalmente. Tampoco la STS de 3 de octubre de 1995 (*RJ* 1995/6982), en que se aborda la nulidad de una sociedad de responsabilidad limitada por ilicitud del objeto que es desestimada, y, por lo tanto, no entra a valorar los efectos que hubiera podido tener la misma.

(63) Vid. LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, 1994, págs. 54 y 55, en donde cita a GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, I, pág. 255. Sobre estas teorías, en relación con el problema de la nulidad de las sociedades anónimas, puede consultarse: EIZAGUIRRE (DE), José María, «La sociedad nula», en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pág. 289 y sigs. Una clara exposición de estas tesis se encuentra en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1995, pág. 1363 y sigs.

(64) EIZAGUIRRE (DE), José María, «La sociedad nula», en VV.AA., *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, págs. 338 y 339. Vigente el artículo 35 del TRLSA, LÁZARO SÁNCHEZ, Emilio J., *La nulidad de la sociedad anónima*, Barcelona, 1994, pág. 318, considera que este precepto no deroga el régimen general de la nulidad del Código Civil, entiende que la protección de los terceros sigue viniendo procurada por lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de Registro Mercantil. Viene a decir que la fuerza constitutiva de la inscripción registral garantiza la existencia de la sociedad frente a cualquier tercero.

Una crítica a esta opinión en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «La sociedad nula (Consideraciones sobre la justificación dogmática de la doctrina de la nulidad societaria)», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 218, octubre-diciembre de 1995, pág. 1357 y sigs.

Otras sentencias, referidas a sociedades anónimas, sí aluden a los efectos de la nulidad, pero siendo que, en ambas, se afirma la validez de las sociedades que había sido impugnada, los pronunciamientos al respecto son *obiter dicta*. La primera concretamente, la STS de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/9119), viene a decir que:

«la doctrina científica, incluido el autor en que se apoyan, viene reconociendo que la declaración de nulidad de las sociedades mercantiles, incluida la anónima, no tiene efectos retroactivos y que los actos y contratos celebrados antes de la presentación de la demanda han de subsistir, afirmándose que la declaración de nulidad produce técnicamente los mismos efectos que si se hubiera producido una causa de disolución de la sociedad; este criterio doctrinal ha adquirido rango legal en los artículos 35 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, de 22 diciembre 1989 (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206)».

Por su parte, en la STS de 10 de octubre de 2002 (RJ 2002/9977) se afirma la eficacia irretroactiva de la nulidad de la sociedad, en los siguientes términos:

«De otro lado, el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual para, prescindiendo de efectos retroactivos, asimilarlo o aproximar-lo a un supuesto de disolución con posterior liquidación, beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral».

3. MARCAS Y PATENTES

A) *Regla general: eficacia ex tunc de la nulidad de la patente y de la marca*

Las leyes reguladoras de las marcas y de las patentes, expresamente y en términos prácticamente coincidentes, establecen el carácter retroactivo de los efectos de la nulidad. Así el artículo 54.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, dispone que:

Artículo 54. Efectos de la declaración de nulidad.

1. La declaración de nulidad implica que el registro de la marca no fue nunca válido, considerándose que ni el registro ni la solicitud que lo originó han tenido nunca los efectos previstos en el capítulo I del Título V de la presente Ley, en la medida en que hubiere sido declarada la nulidad.

El artículo 114.1 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad, es del siguiente tenor:

Artículo 114.

1. La declaración de nulidad implica que la patente no fue nunca válida, considerándose que ni la patente ni la solicitud que la originó han tenido nunca los efectos previstos en el Título VI de la presente Ley, en la medida en que hubiere sido declarada la nulidad.

B) Excepciones a la regla general

Sin embargo, estos mismos preceptos señalan una serie de excepciones al carácter retroactivo de la nulidad de las marcas y patentes. El artículo 54 de la Ley de Marcas señala que:

Artículo 54. Efectos de la declaración de nulidad.

2. Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere dado lugar cuando el titular de la marca hubiere actuado de mala fe, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará:
 - a) A las resoluciones sobre violación de la marca que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y hubieran sido ejecutadas antes de la declaración de nulidad.
 - b) A los contratos concluidos antes de la declaración de nulidad en la medida en que hubieran sido ejecutados con anterioridad a la misma. Esto no obstante, por razones de equidad, y en la medida en que lo justifiquen las circunstancias, será posible reclamar la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato.

Y en el mismo sentido, pero aplicado a las patentes, se pronuncia el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley de Patentes:

Artículo 114:

2. Sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere dado lugar cuando el titular de la patente hubiera actuado de mala fe, el efecto retroactivo de la nulidad no afectará:
 - a) A las resoluciones sobre violación de la patente que hubieran adquirido fuerza de cosa juzgada y hubieran sido ejecutadas con anterioridad a la declaración de nulidad.
 - b) A los contratos concluidos antes de la declaración de nulidad, en la medida en que hubieran sido ejecutados con anterioridad a la misma. Esto no obstante, por razones de equidad y en la medida que lo justifiquen las circunstancias, será posible reclamar la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato.
3. Una vez firmes, la declaración de nulidad de la patente tendrá fuerza de cosa juzgada frente a todos.

Por lo tanto, la nulidad de las patentes y de las marcas no tiene efectos retroactivos, es decir, no surtirá ningún efecto en relación a las resoluciones

ya ejecutadas sobre violación de la marca y de la patente, ni sobre los contratos sobre la marca o patente en cuanto hayan sido ejecutados; aunque, en este segundo caso, en determinadas circunstancias y por razones de equidad, puede exigirse la restitución de las sumas pagadas en virtud del contrato.

a) Sentencias ya ejecutadas sobre violación de la patente o marca

En el primer caso, parece obvio que la razón de ser de que la nulidad no afecte a dichas resoluciones es la seguridad jurídica: no cabe volver sobre resoluciones que ya han alcanzado firmeza y han sido ejecutadas. LOBATO, en este orden de cosas, considera que *la norma consagra una excepción a la santidad de la cosa juzgada* (65). Ahora bien, en caso de que la sentencia no haya sido ejecutada, la doctrina entiende que el *demandado podrá promover un incidente de oposición e impedir la ejecución de dicha condena* (v. art. 556 y sigs., LEC, «*oposición a la ejecución*») (66).

En tal caso, sólo queda la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios al titular de la patente o de la marca que haya actuado de mala fe.

b) Contratos en cuanto hayan sido ejecutados

En este punto, la previsión normativa es un tanto confusa, de difícil inteligencia, lo cual se trasluce en el tratamiento doctrinal (67).

Con respecto al segundo caso contemplado por estos preceptos, resulta que la nulidad de la patente o de la marca no afecta a la eficacia de los contratos que se hayan celebrado sobre una u otra en la medida en que hayan sido ejecutados. Previsión normativa que viene a contradecir el sentir general de que la nulidad del negocio principal acarrea, en principio, la del accesorio (68).

(65) LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley de Marcas 17/2001*, edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 883.

(66) En este sentido vid. LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley de Marcas 17/2001*, edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 883; también es de esta opinión GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «Comentario al artículo 54», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 854.

(67) Vid., sobre la escasa claridad de la norma, FERRANDIS GONZÁLEZ, Salvador; SELAS COLORADO, Antonio, y ABAD REVENGA, José, *Comentarios a la Ley de Marcas*, Barcelona, 2002, pág. 259.

(68) La doctrina insiste en la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso para proceder o no a la propagación de la nulidad de un negocio a otros con los que mantenga relación. Vid., en este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos*, edit. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 207 y sigs. También LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, *La nulidad contractual. Consecuencias*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 34.

b.1. La norma de eficacia *ex nunc* de la nulidad en relación a los contratos de tracto sucesivo

Algunos autores pretenden establecer una distinción en lo relativo a la retroactividad o irretroactividad de la nulidad, entre contratos sobre marcas y patentes de tracto sucesivo o de tracto único, entendiendo que en el primer caso la nulidad es *ex nunc* o irretroactiva, y que, en el segundo, sólo tiene efectos en relación a las prestaciones que deben efectuarse tras la sentencia (69). Sin embargo, por los propios términos que usan, parece claro que consideran que la eficacia es irretroactiva en los dos casos.

Lo que ocurre es que cuando el contrato no ha sido completamente ejecutado por ser de tracto sucesivo, la declaración de nulidad puede sobrevenir en un punto temporal intermedio del plazo de duración. Conforme a estos preceptos, la irretroactividad sólo afectará al contrato en la medida en que haya sido ejecutado con anterioridad a la misma, debiendo distinguirse, para calibrar adecuadamente los efectos de la nulidad sobre los mismos, entre prestaciones ejecutadas y no ejecutadas:

- Con respecto a las no ejecutadas —uso de la marca o de la patente durante el tiempo posterior a la declaración de nulidad—, en la medida en que la nulidad proyecta sus efectos hacia el futuro, no tiene sentido pretender su eficacia. Por lo tanto, si se ha pagado ya, debe devolverse la cantidad de dinero abonada correspondiente al tiempo en que dicha prestación no se va a ejecutar como consecuencia de la nulidad.
- Con respecto a las prestaciones ya ejecutadas —uso de la patente o marca durante el tiempo anterior a la declaración de nulidad—, los efectos de la nulidad son irretroactivos; y, en consecuencia, no hay derecho a pedir la restitución del precio pagado, si es que ya se ha abonado, y, en caso de no haberse satisfecho todavía el precio, éste deberá abonarse.

Por lo tanto, no debe establecerse ninguna distinción en cuanto a la consecuencia jurídica prevista en estas normas en relación a la eficacia *ex nunc* o *ex tunc* de la nulidad en función de la circunstancia de que el contrato sea de tracto único o de tracto sucesivo, sino que lo que ocurre es que en el segundo caso es más frecuente que la nulidad se produzca habiéndose ejecutado sólo parcialmente el contrato, de modo que, con respecto a la parte de contrato ya ejecutado, la nulidad no tiene efecto retroactivo, es decir, tiene efectos *ex nunc*. Y con respecto a lo no ejecutado, como los efectos de la

(69) LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley de Marcas 17/2001*, edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 884.

nulidad también se proyectan hacia el futuro, no puede exigirse el cumplimiento de un contrato que ya ha sido declarado nulo.

b.2. La posibilidad de exigir la reclamación de las sumas pagadas en virtud del contrato

Ahora bien, en determinados casos, se contempla por este precepto, la posibilidad de exigir la restitución de sumas pagadas en virtud del contrato —apartado b) del párrafo 2 de estos artículos—. Esta posibilidad sólo se contempla en determinadas circunstancias, no especificadas en el texto de la ley, y en base a razones de equidad. Resulta complicado imaginar un supuesto en el que la nulidad permita exigir el precio pagado.

Los autores que han estudiado los efectos de la nulidad de las patentes y de las marcas, entienden que dicha restitución cabría en los siguientes casos:

- *Pago de precio aplazado en un contrato de cesión* (70).
- *Cuando en virtud del contrato de licencia de la marca posteriormente anulada, el licenciatarlo hubiese pagado al licenciante una suma global y única. En este supuesto, el licenciatarlo de la marca anulada podrá exigir al licenciante la restitución de una parte de la suma abonada en concepto de regalía: el importe de la suma exigible en concepto de restitución dependerá —entre otras circunstancias— de la duración del período pendiente de vigencia del contrato en el momento de ser declarada la nulidad de la marca* (71).

Sin embargo, entiendo que en tales casos lo que ocurre es que la prestación que se deriva del contrato no ha sido completamente ejecutada y, en consecuencia, la irretroactividad sólo le afecta en la medida en que haya sido ejecutada con anterioridad a la misma.

GARCÍA-CRUCES (72) considera que esta previsión de la norma puede aplicarse cuando la nulidad de la marca sea declarada en una fase incipiente del contrato de licencia, o al poco tiempo en que ésta hubiese sido cedida o transferida, y habida cuenta de las inversiones económicas que haya podido hacer el contratante no sólo en concepto de precio por la marca o patente, sino también en concepto de inversiones publicitarias, etc.

(70) LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley de Marcas 17/2001*, edit. Civitas, Madrid, 2002, pág. 885.

(71) FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Tratado sobre Derecho de Marcas*, edit. Marcial Pons, Barcelona, 2001, pág. 523.

(72) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «Comentario al artículo 54», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, págs. 855-856.

De todos modos, resulta complicado entender este inciso de la ley precisamente porque es muy difícil imaginar los casos en que cabría exigir las sumas de dinero pagadas en virtud del contrato. Más complicado aún resulta entenderlo si se tiene en cuenta que no se está contemplando la posibilidad de que el titular de la marca o patente esté de mala fe, puesto que tal circunstancia permite, según estos preceptos exigir al mismo una indemnización por daños y perjuicios. De donde resulta que dicha previsión normativa no está pensando en el caso de mala fe por parte de dicho sujeto.

c) Interés amparado por las excepciones a la regla general

Es evidente, como hemos dicho, que son razones de seguridad jurídica las que llevan a exceptuar, en relación a las sentencias ya ejecutadas, relativas a la violación de la patente o la marca posteriormente anuladas, la regla de la eficacia *ex tunc* de la nulidad.

Menos claro resulta el fundamento de la excepción en relación a los contratos cuyo objeto es la patente o la marca posteriormente anulada. Los aislados intentos de justificar esta norma atienden a que el objeto del contrato no es la marca en sentido material sino la marca en sentido formal, y creo que vienen a destacar la idea de que, en realidad, mientras se ha venido usando la marca o patente, el contenido de los derechos derivados del contrato son los mismos que si la marca hubiera sido válida, y de que el licenciatario tiene la misma protección jurídica que si la marca no estuviera viciada de una causa de nulidad (73). Sin embargo, tal razonamiento no acaba de resultar convincente (74).

(73) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, «Comentario al artículo 54», en *Comentarios a la Ley de Marcas*, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 855: Este autor opta por la tesis que considera que el objeto del contrato sobre la marca no es su aspecto material, sino su aspecto formal. El objeto del contrato sobre la marca es la posición jurídico-formal que deriva del acto de registro. Sigue diciendo este autor que: *La concesión de derechos que deriva de un contrato de licencia o de una cesión de la marca cuando ésta estuviera viciada por una causa de nulidad o de caducidad que posteriormente fuera declarada, no parece que presente sustanciales diferencias respecto de los supuestos en que en aquella marca no concurrieran tales causas. Esto es así porque el licenciatario o el cesionario gozan de la misma protección jurídica en uno u otro caso en tanto en cuanto aquella nulidad no sea declarada. Los derechos de estos sujetos no se vinculan a la validez de la marca sino a la existencia de una marca concedida y a la posición jurídica que para su titular se deriva del acto formal de la concesión.*

(74) En efecto, mientras la marca no ha sido declarada nula, el contenido de los derechos de las partes derivados de la relación contractual es el mismo, y durante ese tiempo su protección es la misma que si la marca o patente fueran válidas. Ahora bien, los derechos derivados del contrato se extinguen tras la declaración de nulidad. Pero es más, la protección jurídica de los contratantes en relación a sus derechos no es la misma tras la declaración de la nulidad; porque si se aplica la regla general de retroactividad de

En mi opinión, resulta difícil alcanzar a comprender cuál es en este caso el interés protegido.

4. NULIDAD MATRIMONIAL

El matrimonio es otra de las instituciones jurídicas en las que el Derecho positivo exceptúa la regla general de eficacia retroactiva de la nulidad. La regulación de los efectos del matrimonio nulo se contiene fundamentalmente y en lo que nos afecta en los artículos 79, 95 y 98 del Código Civil.

A) *El artículo 79 del Código Civil*

Conforme a este precepto:

«La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos o del contrayente o contrayentes de buena fe».

a) Con respecto a los hijos

La doctrina del *matrimonio putativo* se origina para proteger a la prole generada en el seno de un matrimonio posteriormente anulado (75); esta es la razón por la que dicha institución se recoge en los Códigos actuales. Ahora bien, siendo que, desde la Constitución Española de 1978 no existe diferencia entre filiación matrimonial y extramatrimonial —principio incorporado en el art. 108 del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981—, lo previsto en este precepto respecto de los hijos carece en la actualidad de virtualidad normativa, es una norma inocua, puesto que la existencia o no de vínculo

sus efectos, las partes no pueden ver protegidos de la misma forma que los derechos derivados de dicho contrato. Evidentemente así es hacia el futuro, puesto que hay que entender que dichos derechos nunca se detentaron, pero tampoco van a verse protegidos esos derechos durante el período de tiempo en que dicho contrato funcionó en el tráfico como válido.

Tampoco convence este razonamiento en cuanto que, en cualquier contrato posteriormente anulado, durante el período de tiempo en que el mismo ha operado en el tráfico, las partes tenían los mismos derechos que si el contrato hubiera sido válido. Si esto, por si sólo justificara la eficacia *ex nunc* de la nulidad, habría que entender que la eficacia irretroactiva debería ser la regla general, y no la contraria.

Lo que en caso de patentes y marcas hace que la protección jurídica de los derechos derivados del contrato, relativos al período previo a la declaración de la nulidad, no es que su objeto sea la marca o patente en su aspecto material o formal, sino precisamente la regla de la irretroactividad de la nulidad que establecen estos preceptos.

(75) Vid., en este sentido, JORDANO BAREA, Juan, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, Sevilla, 1967, págs. 59 y 60.

matrimonial entre los padres en nada afecta a las relaciones jurídicas que existen entre éstos y sus hijos.

b) Con respecto a los cónyuges

Más relevante es la regulación que, a propósito de los cónyuges, realiza este precepto en que se contempla la institución del *matrimonio putativo*: se protege al cónyuge de buena fe impidiendo que la sentencia de nulidad tenga para él efectos retroactivos. Lo que implica que, en relación a los cónyuges de buena fe, la nulidad del matrimonio tenga efectos *ex nunc* (76).

Los efectos del matrimonio ya producidos que pueden subsistir tras la nulidad del mismo son (77): la emancipación consiguiente al matrimonio, los derechos sucesorios cuando el cónyuge fallece con anterioridad a la declaración de nulidad del matrimonio, y las prestaciones recibidas mientras no se anuló el matrimonio por uno de los cónyuges en concepto de alimentos.

Por otra parte, se entiende que sólo se deben entender conservados para el cónyuge de buena fe los efectos que le sean beneficiosos y no los que le sean perjudiciales (78).

B) El artículo 95 del Código Civil: efectos de la nulidad del matrimonio sobre el régimen económico-matrimonial

La sentencia de nulidad debe proyectarse también sobre el régimen económico-matrimonial. Este aspecto del problema está regulado en el artículo 95 del Código Civil en los siguientes términos:

«La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiese obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico-matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte».

(76) Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 79 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, Tomo II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 241: *Lo que viene a decirse es que la sentencia de nulidad carece de efectos retroactivos; su eficacia es ex nunc y no ex tunc; se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado.*

(77) Vid. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, y NAVARRO VALLS, Rafael, «Comentario al artículo 79 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, vol. 1.º, coordinados por RAMS ALBESA, Joaquín, JM Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 735.

(78) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del Carmen, «De la nulidad del matrimonio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 424.

a) La disolución del régimen económico-matrimonial

La sentencia firme de nulidad —al igual que la de divorcio o la de separación— produce la disolución del régimen económico-matrimonial. Y, además, cuando sólo uno de los cónyuges esté de buena fe, éste podrá optar por aplicar, a dicha liquidación, el régimen de participación en las ganancias, privando al de mala fe del derecho a participar en las suyas (79).

De modo que, puede afirmarse que, en lo relativo al régimen económico-matrimonial, no se pretende por el Ordenamiento Jurídico, la vuelta a la situación económica de los dos cónyuges en el momento anterior a la celebración del matrimonio posteriormente anulado. En este sentido, la sentencia de nulidad no es que no tenga efectos retroactivos (80), sino que produce efectos hacia el futuro, en cuanto que se decreta la disolución y, por lo tanto, la liquidación del régimen económico-matrimonial, es decir, la situación económica de los sujetos vinculados por un matrimonio anulado se sigue rigiendo por las normas que gobernaban su economía mientras no se anuló el matrimonio, en concreto se van a aplicar las normas que rijan la liquidación de dicho régimen. Es más, no es que la nulidad no tenga efectos *ex tunc*, sino que en ocasiones puede no tenerlos ni *ex nunc*, puesto que hay terceros que pueden contratar con los cónyuges con posterioridad a la sentencia y antes de que la misma sea inscrita en el Registro Civil, en cuyo caso, la relación obligatoria existente entre ese tercero y los cónyuges se regirá por el régimen económico-matrimonial existente mientras no se anuló el matrimonio. Y aunque, evidentemente, son instituciones absolutamente dispares por las distintas necesidades económico-sociales que atienden y articulan, me parece interesante y no me resisto a destacar cómo ésta es la misma solución que el artículo 35 del TRLSA y el artículo 17 de la LSRL establecían para el caso de nulidad de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

b) Incidencia de la buena o mala fe de los cónyuges en los efectos de la nulidad sobre el régimen económico-matrimonial

Conviene advertir también que el efecto de la nulidad sobre el régimen económico-matrimonial, que no es otro que el de su disolución, y posterior liquidación, no está influido por la buena o mala fe de los cónyuges. Es decir,

(79) Contempla un caso en el que el cónyuge de buena fe opta por liquidar en base al régimen de participación la STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994/6420).

(80) ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 600, citando a LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 142.

independientemente de que concurra buena o mala fe en alguno de los cónyuges o en los dos, el régimen económico se disuelve (81). En apoyo de tal interpretación suele aducir la doctrina el dato de que el artículo 95.1 no establezca distinción entre los supuestos en función de la buena o mala fe de los sujetos, al igual que los artículos 1.392 y 1.395. También suele aludirse a los precedentes inmediatos del Código, concretamente al artículo 96 del Proyecto de GARCÍA GOYENA, conforme al cual cuando los dos cónyuges estaban de mala fe, debía entenderse que los dos estaban de buena fe (82). En este sentido, dice MORALES MORENO, que, *Los efectos de la declaración de nulidad del matrimonio relativos al régimen económico (más concretamente al régimen ganancial) han tenido tradicionalmente en nuestro Derecho una regulación peculiar que los ha mantenido a cubierto de la retroacción propia de la sentencia de nulidad del matrimonio.../... Por eso no ha sido necesario acudir a este campo a la figura del matrimonio putativo, para proteger al cónyuge de buena fe. La regla ha sido, más bien, la contraria: mantener, a pesar de la nulidad, los efectos del régimen anteriores a la declaración de nulidad, y sólo excepcionalmente, como sanción, privar al cónyuge de mala fe de las ventajas que para él pudieran derivarse del régimen* (83).

Por otro lado, entiendo que uno de los intereses que, con esta medida, se tutelan, cual es el del amparo de los terceros que contratan con el matrimonio anulado, así lo requiere. Es más, incluso aquellos que, como RAMS ALBESA, parecen sostener la idea de que no es dable entender la existencia de un régi-

(81) Vid. a favor de la opinión vertida en el texto en el sentido de que el efecto de la disolución se produce al margen de la buena o mala fe de los sujetos, es decir, incluso cuando los dos están de mala fe: MORALES MORENO, Antonio, en «Comentario a los artículos 1.415-1.416», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, T. II, pág. 1822 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1.395 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 768. Creo que también se puede considerar defensora de esta tesis: ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 600, aludiendo a la disolución del régimen económico-matrimonial, dice que la misma *se va a producir de forma distinta según concurra buena o mala fe de ambos cónyuges o en uno solo de ellos*.

En contra de la opinión vertida en el texto, vid. DÍEZ PICAZO, Luis, «Comentario a los artículos 1.375 a 1.410», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1788; considera este autor que: *Si los dos cónyuges son de mala fe no hay efectos civiles para ninguno de los dos; por consiguiente no hay sociedad de gananciales y no hay nada que disolver...*

(82) Comentario al artículo 96 del Proyecto de Código de García Goyena (GARCÍA GOYENA, Florencia, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 58):

Cuando hubo buena fe de parte de ambos, el caso no ofrece dificultad...

Si hubo mala fe en los dos, se practicará lo mismo...

(83) MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario al artículo 1.415 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 816.

men económico putativo si los dos cónyuges están de mala fe, de modo que no cabría entender que se produce la disolución del mismo por nulidad, vienen a reconocer que cuando *ambos contrajeron de mala fe la apariencia de régimen tan sólo operará en cuanto lo requiera la satisfacción de los acreedores* (84).

Otra cosa es que la buena o mala fe pueda repercutir en el régimen por el que la liquidación vaya a regirse, puesto que el precepto da al cónyuge de buena fe la posibilidad de optar por aplicar en la liquidación el régimen de participación en las ganancias, impidiendo al otro que participe en las suyas, en lo que se concibe como una sanción privada a la mala fe del otro cónyuge (85). Esta sanción recogida en el artículo 95.2 sólo tiene sentido para los casos en que el régimen económico del matrimonio sea de comunidad, y no cuando el régimen es de separación (86).

En esta posibilidad de optar por el régimen de participación y de impedir al otro cónyuge de mala fe participar en las ganancias propias se percibe, como dice ROCA TRÍAS, una consecuencia del matrimonio putativo contemplado en el artículo 79 del Código Civil, que estaría íntimamente ligado con este artículo 95.2; dice esta autora que *la opción por el régimen de participación es una consecuencia del matrimonio putativo y de la no retroactividad de la liquidación del régimen matrimonial: al conservarse los derechos sobre los bienes que se han adquirido constante el matrimonio aparente por referirse la liquidación al momento de la sentencia y no al momento de la celebración de este matrimonio, debe considerarse injusto que el que ha obrado de mala fe obtenga beneficios y por ello se faculta al de buena fe para optar por un sistema que le beneficie* (87).

En lo que nos preocupa, es importante destacar cómo la consecuencia jurídica anudada a la presencia de mala fe en uno de los cónyuges sólo afecta

(84) Vid. RAMS ALBESA, Joaquín, «Comentario a los artículos 95 a 101 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por él mismo, T. II, vol. 1.º, JM Bosch editor, 2000, pág. 1011.

(85) El derecho de opción que otorga el artículo 95.2 al cónyuge de buena fe cuando el otro está de mala fe se entiende que es para aplicar a la liquidación el régimen de participación en las ganancias; aunque desconcierta en cierta medida a la doctrina que se ha ocupado en profundidad de este precepto el hecho de que no aparezca la alternativa a la aplicación de dicho régimen. Por su parte, MOREU BALLONGA, José Luis, «La sanción del artículo 95, párrafo 2.º, a la mala fe en el matrimonio nulo», en *Revista de Derecho Notarial*, 1984, enero-marzo, pág. 412, entiende que la opción no es por el régimen aplicable a la disolución, sino que la opción que tiene el cónyuge de buena fe es la de imponer la sanción de participar en sus ganancias al cónyuge de mala fe.

(86) ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 606.

(87) ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 606.

a la relación entre los propios cónyuges (88), es decir, el de buena fe puede aplicar un determinado régimen en la liquidación e impedir al otro participar en sus ganancias, sin embargo, la concurrencia de mala fe en uno o en los dos cónyuges no debe afectar a los terceros que hayan podido contratar con ellos antes de que la sentencia de nulidad del matrimonio haya sido inscrita en el Registro Civil. Los derechos de esos terceros se regirán por las normas aplicables a la liquidación del régimen económico-matrimonial que regía la economía matrimonial antes de la anulación del vínculo, *rectius*, antes de la inscripción de la sentencia de nulidad en el Registro Civil.

C) *La indemnización del artículo 98 del Código Civil*

Dentro de los efectos positivos de la nulidad del matrimonio debe considerarse también la indemnización prevista en el artículo 98 del Código Civil, conforme al cual:

«El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97».

Para que proceda esta indemnización se exige por la doctrina que el reclamante esté de buena fe y que haya existido convivencia conyugal.

Prescindimos de un análisis pormenorizado de este efecto positivo de la nulidad matrimonial (89), puesto que excede del propósito de este estudio.

D) *Intereses que se protegen en la regulación de los efectos de la nulidad matrimonial*

Hemos aludido en cada una de las instituciones estudiadas al fundamento o razón de ser de que se exceptúe o matice el efecto retroactivo de la nulidad. Veamos en este caso cuál es el fundamento o la razón de ser de la regulación

(88) Vid., en este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Comentario al artículo 1.395 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 767: *No se trata, por lo que acabamos de decir, de un derecho que propiamente sea de modificación del régimen económico-matrimonial, ya fenecido, sino sólo de sus consecuencias entre los cónyuges.*

(89) Nos remitimos a estudios sobre esta cuestión: GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 79 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, Tomo II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 447 y sigs. ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 629 y sigs.

de Derecho positivo que se establece sobre los efectos de la nulidad matrimonial. En definitiva, qué o a quién se pretende proteger, al exceptuar en ciertos casos de nulidad matrimonial la regla general de retroactividad de la nulidad (90).

Ha de tenerse en cuenta que la nulidad matrimonial no conlleva, desde el punto de vista jurídico, ninguna consecuencia negativa para los hijos nacidos en el seno de un matrimonio anulado, de modo que, en la actualidad y pese a la mención expresa del artículo 79 del Código Civil, la regulación actual, aunque lo pretenda, no protege a la prole, porque no es necesario.

El interés que realmente se ampara, por tanto, es el del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio es anulado, puesto que, en función de lo dispuesto en el artículo 79, se conservan en su favor los efectos ya producidos por el matrimonio, siempre y cuando le sean beneficiosos. Además, el artículo 95.2 impide que el cónyuge de mala fe participe en los beneficios obtenidos por el de buena fe si éste ha optado por aplicar en la liquidación el régimen de participación (91). Pero, aún se va más lejos en la protección que se le procura al cónyuge de buena fe, estableciendo en su favor la posibilidad de tener derecho a una indemnización, en cuanto se cumplan los presupuestos para la aplicación del artículo 98 del Código Civil.

(90) Muchas son las teorías que se han propuesto en orden a explicar las razones de ser del matrimonio putativo de las que nos da cumplida cuenta JORDANO BAREA, Juan, en el trabajo que dedica a esta institución —*Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, Sevilla, 1967—. Nos refiere la tesis del consentimiento de las partes, la del favor matrimonii, la de la fuerza creadora de la buena fe, la de la equidad, la de la protección de la prole inocente, para acabar considerando que, en su opinión, la razón de ser del matrimonio putativo es la *utilitas* (pública y privada). Para explicar su funcionamiento, este autor rechaza la tesis de la *fictio*, la del matrimonio putativo entendido como matrimonio excepcionalmente válido *ad tempus*; tampoco comparte la tesis que lo considera una institución independiente y autónoma, la que lo reconduce a la figura general de la posesión, la que habla de la eficacia constitutiva de la celebración del matrimonio, para concluir que la tesis que explica el funcionamiento del mismo es la de la *apariencia jurídica*. Sin embargo, GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 79 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, Tomo II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 242, rechaza la tesis de la apariencia jurídica para no acercar peligrosamente la mera relación de hecho a un matrimonio declarado nulo; entiende que *el trato de privilegio dado por la ley al llamado matrimonio putativo sólo puede explicarse por el carácter institucional del matrimonio y de la familia (ahora declarado en el art. 39.1 de la Constitución) y por graves razones de equidad; el interés de los mismos cónyuges, si están de buena fe, el de los terceros y el de la sociedad, justifican la concesión por la ley de aquellos efectos*.

(91) La doctrina parece convenir en que no parece que si se opta en la liquidación por el régimen de gananciales, pueda aplicarse esta sanción, vid., en este sentido, ROCA TRÍAS, Encarna, «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, T. I, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 606. Vid. también, GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Nulidad del matrimonio», en *Actualidad Civil*, 1993, 3, pág. 550.

Ahora bien, la disolución y consiguiente liquidación del régimen económico-matrimonial entiendo que no está predispuesta a proteger a ninguno de los cónyuges. Si así fuera, dicha protección se haría depender de la concurrencia de buena o mala fe en los mismos y entiendo que no ocurre así. De modo que, si no se protege al cónyuge de buena fe, ¿cuál es el interés protegido? A mi modo de ver es oportuno traer a colación la referencia más arriba hecha a que el efecto de la nulidad de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es que dichas sociedades entran en liquidación. En aquel caso, como ya vimos, la doctrina mercantilista tenía claro que se protegía a los terceros que se habían relacionado jurídicamente con la sociedad. Entiendo que, en el caso del régimen económico-matrimonial, el hecho de que la nulidad no tenga efecto retroactivo protege, como en el caso de las sociedades mercantiles mencionadas —salvando las distancias—, a los terceros que han contratado con los cónyuges que no pueden verse perjudicados por dicha nulidad, como reconoce la doctrina más autorizada (92).

SEGUNDA PARTE

CARACTERÍSTICAS COMUNES A LOS SUPUESTOS DE HECHO A LOS QUE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO APLICA LA NORMA DE LA EFICACIA EX NUNC DE LA NULIDAD

Hemos analizado los heterogéneos supuestos en los que el Ordenamiento Jurídico exceptúa la regla general de eficacia retroactiva de la nulidad y establece el carácter irretroactivo de la misma. Se impone, en este momento, extraer las notas comunes a todos ellos con la intención de determinar las características generales del *supuesto de hecho tipo* al que se aplica la consecuencia jurídica de eficacia *ex nunc* de su nulidad.

1. PRESTACIONES IRRESTITUIBLES *IN NATURA*

Una de las características comunes a todos y cada uno de estos supuestos es que en ellos la obligación de restitución que se deriva del carácter retroactivo de la nulidad es problemática.

En este grupo de instituciones que hemos estudiado, nos encontramos con contratos cuyos elementos objetivos no admiten la restitución *in natura*. Así

(92) Vid., por todos, GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Comentario al artículo 95 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, Tomo II, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, EDESA, Madrid, 1982, pág. 406.

ocurre en el caso del contrato de trabajo, cuyo elemento objetivo lo constituyen los servicios que se caracterizan, entre otras cosas, por su inmaterialidad y porque se consumen en el mismo instante en que se prestan, constituyendo, por tanto, un caso de prestación irrestituible *in natura*. Lo mismo cabe decir del uso que se ha venido haciendo de una patente o marca, puesto que el uso de una cosa es algo irrestituible materialmente.

En otros casos, a diferencia de los anteriores, no es que nos encontremos ante supuestos de irrestituibilidad *in natura* de la prestación, sino que son supuestos a los que es ajena la idea o el concepto mismo de restitución. Así, en el caso de la nulidad matrimonial, no cabe hablar de prestaciones susceptibles de restitución al tratarse de un vínculo referido a aspectos tan ligados a la esencia misma del ser humano. Se trata de un concepto ajeno al contenido del matrimonio.

En lo atinente a la dimensión económica del matrimonio, también nos encontramos en un ámbito en el que carece de sentido plantear la posibilidad de restituir algún tipo de prestación. Trasladando la acertada doctrina de BAYOD LÓPEZ en relación a las capitulaciones matrimoniales a lo que nos ocupa, habrá que reconocer que, en efecto y como dice esta autora, el hecho de que, como consecuencia del matrimonio, exista entre los cónyuges un régimen económico no significa que medie transmisión de bienes; dicho régimen sólo es un sistema que califica los bienes, establece cómo responden de las obligaciones contraídas por los cónyuges frente a terceros, rige la gestión del patrimonio, y además determina cómo se debe proceder a la liquidación. No tiene sentido hablar en este caso de restitución de las prestaciones porque no existen tales prestaciones al no haber habido transferencia ni intercambio de bienes como consecuencia de que esté vigente un determinado régimen económico entre los cónyuges (93).

Por otro lado, tampoco tiene sentido hablar de restitución de la prestación en el caso de las sociedades mercantiles que se han analizado, siendo que su principal efecto es la creación de una personalidad jurídica que opera en el tráfico y entra en relación con terceros, sería absurdo plantear su restituitibilidad. La aparición de dicha persona jurídica distinta a la de cada uno de los socios contratantes no puede calificarse como prestación en el sentido de que ninguno de los contratantes la ha transferido, ni adquirido.

Y tampoco, obviamente, cabe plantear la posibilidad de restitución de las prestaciones ya ejecutadas en cumplimiento de una sentencia firme dictada en relación a la violación de una marca o patente posteriormente anuladas. Si la sentencia es firme no cabe, en base a la *santidad de la cosa juzgada* —en palabras de LOBATO—, plantear la restitución de las prestaciones cumplidas.

(93) Vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales*, pág. 11 (en prensa).

2. RELACIONES DE TRACTO SUCESIVO. LA DOCTRINA FRANCESA DE LA NULIDAD IRRETROACTIVA DE LAS MISMAS

Otra de las características de todas las relaciones que venimos analizando es que no son de carácter instantáneo, sino que se trata de relaciones jurídicas cuya eficacia y ejecución se dilata en el tiempo.

Al hilo de esta característica quiero reseñar cuál es la orientación de la doctrina francesa sobre la eficacia de la nulidad en este tipo de contratos, entre los que incluye el arrendamiento, el contrato de trabajo o el de sociedad.

Es cierto que hay autores franceses que sostienen que en estos casos la nulidad sigue siendo retroactiva (94). Pero son mayoría los que consideran que la distinción entre los contratos de tracto sucesivo y los de carácter instantáneo adquiere relevancia en materia de nulidad, afirmando que si los efectos de la misma son retroactivos en el caso de los segundos, deben considerarse irretroactivos en el de los primeros (95).

3. FINALIDAD PROTECTORA DE LA NULIDAD *EX NUNC*

Del estudio de todas las instituciones cabe deducir que cuando se establece la eficacia irretroactiva de la nulidad se está protegiendo algún interés que se vería perjudicado por su retroactividad y que el Ordenamiento Jurídico considera, por razones en las que no entramos, dignos de amparo.

(94) Son partidarios de la retroactividad en cualquier caso:

CHABAS, François, y MAZEAUD —Henri, Leon et Jean— en *Leçons de Droit Civil*, T. II, premier volume, *Obligations, Théorie générale*, Montchrestien, Paris, 1991, pág. 306, § 332 y § 110. BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les obligations*, Montchrestien, Paris, 1991, § 197, págs. 103 y 104.

(95) Dan relevancia a la distinción entre contratos de tracto sucesivo y de tracto instantáneo en orden a la eficacia irretroactiva o retroactiva de la nulidad:

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Tome 4, *Les Obligations*, édit PUF, Paris, 1996, págs. 200, § 106 y 262, § 138. En esta última página dice que: *L'annulation et la résolution opèrent sans rétroactivité sur les contrats successifs*.

WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Droit Civil. Les obligations*, edit Dalloz, Paris, 1975, págs. 356 y 357, § 311. Con abundante cita de Jurisprudencia.

MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, Tome II, premier volume, *Les obligations*, Sirey, Paris, 1962, pág. 58, § 67: *...la résolution et l'annulation du contrat produisent des effets différents. Elles sont rétroactives si le contrat est instantané alors qu'elles n'agissent que pour l'avenir si le contrat est successif*.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit Civil. Les obligations*, édit Cujas, Paris, 1990, § 320, pág. 180: *L'intérêt de la distinction touche surtout à la nullité et à la résolution des contrats, qui, dans le contrat à exécution instantanée, sont rétroactives, non dans les contrats à exécution successive s'ils ont été exécutés pendant un certain temps*. Vid. también § 589, pág. 317, en relación al contrato laboral de trabajo.

Así, en el caso del contrato de trabajo, es evidente que se protege al trabajador en régimen de dependencia.

En el de las sociedades mercantiles se ampara a los terceros que contratan con la persona jurídica que se originó en función del contrato social anulado y que ha operado en el tráfico. Estos terceros ajenos a la relación nula no pueden verse perjudicados por la nulidad de un contrato del que no son parte. Por extensión, en este caso, se protege al tráfico jurídico mismo y a su seguridad.

En el caso del matrimonio se pretende una protección innecesaria —por que se procura desde otras normas del Ordenamiento Jurídico que prohíben la discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales— a la prole generada en el seno del matrimonio posteriormente anulado, y, efectivamente, se resguarda al cónyuge o cónyuges de buena fe de las consecuencias nefastas que le pueda acarrear la nulidad matrimonial. Por otra parte, el efecto de la nulidad matrimonial sobre el régimen económico también toma en consideración las relaciones que se hayan podido establecer por los cónyuges con terceros, relaciones que no se ven afectadas por la nulidad como consecuencia de los efectos que se anudan a la misma.

En el caso de la nulidad de patentes y marcas, es evidente que lo que se protege cuando dicha nulidad no afecta a las sentencias ya ejecutadas que se hayan originado en torno a la violación de la marca o patente posteriormente anuladas, es la seguridad jurídica en el sentido de que los Tribunales no pueden volver a pronunciarse sobre un asunto en relación al cual ha recaído sentencia firme que ya se ha ejecutado.

Sin embargo, hay un caso en el que, como he manifestado más arriba, no se ve claramente cuál es el interés que se pretende proteger. Me refiero concretamente a los contratos cuyo elemento objetivo es la marca o patente anulada.

De modo que lo cierto es que, en la mayoría de los casos, se percibe cómo la eficacia *ex nunc* de la nulidad se ordena a la protección de ciertos intereses que el Ordenamiento Jurídico juzga necesario amparar.

CONCLUSIÓN

A la hora de hallar un apoyo de Derecho positivo a la posible eficacia *ex nunc* de la nulidad del contrato de servicios, es muy tentadora la regulación de los efectos de la misma en lo referente al contrato de trabajo. En efecto, se trata de la única norma que regula los efectos de la nulidad referida a un contrato mediante el cual se articula la prestación de un servicio y, desde luego, no debe desdeñarse. Sin embargo, no puede trasladarse, sin más, lo dispuesto para este contrato al ámbito civil, en cuanto está ordenando una realidad cualificada por el desequilibrio entre los sujetos contratantes, situación diferente a la que

articula el contrato civil de servicios (96). Es más, si en las relaciones civiles se produce desequilibrio, se suele dar en sentido contrario, es decir, en detrimento del prestatario del servicio que, en la mayoría de los casos, no está en condiciones de imponer sus condiciones en el contrato.

En orden a lograr el objetivo propuesto de basar normativamente la eficacia *ex nunc* del contrato civil de servicios encontraría más convincente extraer, del conjunto de normas que establecen tal consecuencia jurídica, una regla general que afirme la irretroactividad de la nulidad cuando concurra un supuesto que encaje en el prototipo de supuesto de hecho derivable de las mismas y que hemos descrito más arriba. En principio parece que el contrato de servicios responde a las características del mismo: el trabajo desenvuelto, el servicio prestado, es una prestación irrestituible *in natura*; además, se trata de relaciones que normalmente se extienden en el tiempo y no son instantáneas, sino más bien de tracto sucesivo. Acaso lo que no sea tan evidente es el interés que se protegería en este caso; sin embargo, como he dicho más arriba, el reequilibrio de las posiciones jurídicas de las partes ante la situación de nulidad del contrato que permite solucionar los problemas de un modo más adecuado y justo, puede ser justificación suficiente.

VII. ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN DE LA NULIDAD *EX NUNC* Y CONSECUENCIAS DE LA MISMA EN FUNCIÓN DE LA BUENA O MALA FE DEL SUJETO EN BENEFICIO DEL CUAL LA MISMA OPERA

No es cuestión baladí la del significado y alcance de la eficacia *ex nunc* de la nulidad, puesto que se trata de determinar la situación jurídica en qué quedan los sujetos de la relación tras su anulación, es decir, concretar a qué tendrían derecho y a qué no.

En principio, parece que lo que procede es entender que la eficacia *ex nunc* de la nulidad supone que el contrato es válido hasta el mismo momento en que la nulidad se declara por sentencia. Lo cual acarrearía la consecuencia de que, tras dicha declaración, las partes podrían exigirse recíprocamente —incluso por intermedio de los Tribunales— la ejecución de las prestaciones que, durante el tiempo que fue válido el contrato, debieron tener lugar. Evidentemente tal consecuencia chirría: —¿cómo es posible que se puedan reclamar las prestaciones de un contrato anulado?— y, sin embargo, a ello parece abocarnos el concepto mismo de nulidad *ex nunc*. No obstante, la

(96) Sobre la distinción entre contratos civiles y laborales de trabajo puede verse mi libro *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, edit. Bosch, Barcelona, pág. 75 y sigs.

posibilidad de exigir el cumplimiento de una prestación que trae causa de un contrato nulo *ex nunc* porque debía haberse ejecutado durante el tiempo que dicho contrato debe entenderse válido, debe matizarse ya que esto no será posible en cualquier caso.

En este sentido, hay que tener en cuenta que los efectos de la nulidad —con independencia de que la misma tenga o no efectos retroactivos— no pueden establecerse ignorando lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil. En consecuencia, deberá hacerse jugar, en orden a la precisión de los efectos de la nulidad *ex nunc*, la buena o mala fe de los sujetos. Por otra parte, si analizamos los diferentes supuestos en los que el Ordenamiento jurídico considera que la nulidad es *ex nunc*, veremos cómo cuando con esta medida se tiende a proteger a alguno de los dos sujetos vinculados por la relación anulada, se predica únicamente respecto de uno de los dos sujetos, no de los dos.

A) *Sujeto protegido por la nulidad ex nunc*

En el caso del contrato de trabajo, la eficacia *ex nunc* de la nulidad sólo se reconoce a favor del trabajador a quien el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores le otorga el derecho a cobrar *la remuneración consiguiente a un contrato válido*. Evidentemente, para su contraparte, la nulidad es *ex tunc*, es decir, que, declarado nulo el contrato, el empleador no puede exigir al trabajador que prestó parcialmente sus servicios que efectúe todo el trabajo que debía haber hecho y no hizo hasta la fecha de la firmeza de la sentencia que declaró la nulidad.

Lo mismo ocurre en el caso del matrimonio. Cuando se trata de los efectos de la nulidad entre los cónyuges, la eficacia sólo es *ex nunc* para el que está de buena fe porque es a quien se protege. Aunque en este caso los dos cónyuges pueden estar de buena fe, el reconocimiento bilateral de la eficacia *ex nunc* de la nulidad no plantea problemas.

Tomando en cuenta estas consideraciones, en el caso del contrato de servicios la eficacia *ex nunc* de la nulidad debería predicarse a favor de la parte que resultara perjudicada en caso de que la nulidad fuera *ex tunc*. Si es el prestatario del servicio el que debe abonar el servicio conforme al precio pactado y el mismo no se corresponde con lo que se había pactado, podrá reclamar, en base a la nulidad *ex nunc*, el cumplimiento correcto de dicha prestación, así como la efectividad de las garantías que el mismo tuviera. Y ello, sin que la otra parte le pueda obligar a pagar más servicios que los que realmente se han prestado.

Si por el contrario, la consideración de la eficacia *ex tunc* de la nulidad perjudicara al prestador del servicio —recordad el ejemplo del abogado cuyo

contrato se declara nulo antes de interponer la demanda que se le había encargado—, la misma en principio y conforme a lo dicho sólo se reconocerá a su favor, de modo que podrá exigir el pago de los servicios efectivamente prestados durante el tiempo que deba entenderse válido el contrato. No obstante, en este caso, y dado que el prestatario del servicio debería abonar el trabajo realizado quizás fuera conveniente entender que la nulidad es *ex nunc* para los dos sujetos.

Ahora bien, todavía hay que ir más lejos, no es sólo que deba matizarse respecto a cuál de los sujetos de la relación deba entenderse que la nulidad tiene eficacia *ex nunc*, sino que, además, las consecuencias de la misma dependen de la buena o mala fe del sujeto en beneficio del cual la misma se establece.

B) *La incidencia de la buena o mala fe del sujeto en beneficio del cual se dispone la nulidad ex nunc*

A lo largo de la exposición de los diferentes supuestos de nulidad en las que se establece legalmente su eficacia irretroactiva, se puede comprobar cómo la presencia de buena o mala fe de los sujetos implicados en la relación anulada adquirirá relevancia en uno u otro sentido.

Cuando la protección que se procura al decretar la eficacia *ex nunc* de la nulidad es a uno de los sujetos de la relación anulada, la concurrencia de buena fe en dicho sujeto es tomada en consideración:

Así ocurre en el caso del contrato laboral de trabajo. Se pretende proteger al trabajador —parte débil del contrato—, pero esa protección que se le brinda pasa porque esté de buena fe. Al analizar el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, la doctrina consideraba que la presencia de mala fe en el trabajador debía impedirle tener derecho siquiera a la retribución que le otorga el contenido de este precepto —por aplicación de los arts. 1.305 y 1.306 del Código Civil—, y así entiendo que debe interpretarse el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pese a que dicha norma impute al empleador la falta de permiso de trabajo del extranjero extracomunitario.

Considero que el trabajador de buena fe podrá reclamar que le paguen su salario y el resto de prestaciones a que tenga derecho, aun después de haberse declarado la nulidad.

Por otra parte, en el caso del matrimonio, la nulidad *ex nunc* sólo se predica, por parte del artículo 79 del Código Civil, en beneficio del cónyuge de buena fe, y no para el de mala fe; aunque, en este caso, los dos cónyuges pueden estar de buena fe. También en este supuesto, entiendo que el cónyuge de buena fe puede pedir, tras la declaración de nulidad, que se le reconozcan, por ejemplo, los derechos sucesorios adquiridos constante matrimonio.

Sin embargo, cuando la protección que se procura con la norma de la eficacia *ex nunc* es a terceros ajenos a la relación anulada, no se toma en

consideración la concurrencia de buena o mala fe en los sujetos vinculados por el negocio jurídico anulado para determinar la eficacia *ex nunc* de la nulidad:

Así ocurre en el caso de las sociedades mercantiles, y en lo relativo a los efectos de la nulidad matrimonial sobre el régimen económico-matrimonial. En estos dos casos, la nulidad trae como causa la disolución y posterior liquidación tanto de las sociedades mercantiles como del régimen económico-matrimonial, independientemente de la buena o mala fe de los sujetos que están vinculados por las relaciones anuladas.

Podría decirse, en contra de la afirmación que acabamos de realizar, que el artículo 95 al regular los efectos de la nulidad sobre el régimen económico del matrimonio sí menciona la buena o mala fe de los cónyuges. En efecto, pero se menciona la buena o mala fe para regular las repercusiones de la liquidación del régimen económico entre los cónyuges y establecer lo que se percibe como una sanción en contra del que está de mala fe —no participar en las ganancias obtenidas por el cónyuge que está de buena fe—. No es tomada en consideración la buena o mala fe de los cónyuges para determinar si la eficacia de la nulidad matrimonial en este aspecto es retroactiva o irretroactiva, ya que, con independencia de ello, la nulidad tendrá efectos irretroactivamente.

Lo mismo ocurre en relación a la protección inocua que el artículo 72 brinda a los hijos nacidos de un matrimonio nulo; la eficacia *ex nunc* de la nulidad respecto de los mismos —que son terceros ajenos al vínculo matrimonial— se encuentra al margen de que los cónyuges —sus progenitores— estén de buena o mala fe.

En lo atinente a las patentes y marcas, cuando la eficacia irretroactiva se predica respecto a las sentencias ya ejecutadas en relación a la violación de una marca o patente posteriormente anulada, se está amparando un interés general representado por la seguridad, no dependiendo la irretroactividad de la nulidad de la buena o mala fe de los titulares de las patentes y marcas. En este caso, la mala fe del titular de la patente o marca permite solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Cuando la irretroactividad se predica respecto a los contratos relativos a marcas y patentes anuladas posteriormente en cuanto que se hayan ejecutado, la confusa redacción de los preceptos dificulta llegar a precisar el juego de la mala fe, al margen de que permite exigir una indemnización de daños y perjuicios en caso de mala fe del titular de la patente y de la marca.

Lo cierto es que las consecuencias de la nulidad del contrato de servicios sólo repercuten en los sujetos que lo han concertado, de modo que, para calcular sus consecuencias, sí habremos de atender a su buena o mala fe.

Por lo tanto, en relación a los contratos civiles de servicios, la eficacia *ex nunc* de la nulidad no podrá ser invocada por quien esté de mala fe, en definitiva, por quien haya provocado maliciosamente la causa de nulidad, siendo aplicable lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil.

a) Primer supuesto: nulidad *ex nunc* favorable al prestatario

Cuando la nulidad *ex nunc* debe predicarse del prestatario del servicio —porque se le protege frente a la situación de desequilibrio que supondría para él la eficacia *ex tunc*—, éste deberá estar de buena fe, porque, de lo contrario, no podrá invocar la nulidad *ex nunc* para exigir el cumplimiento correcto de la prestación de servicios a que obligaba el contrato. Además, si está de mala fe, ha de tomarse en consideración lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, conforme a los cuales no podrá exigir el cumplimiento de lo que el otro le hubiera ofrecido, y tampoco podrá exigir la devolución del precio si lo hubiera abonado. El prestador, por su parte, podrá reclamar el precio del trabajo desenvuelto y no tendrá que cumplir el resto que quede por ejecutar.

La duda en el caso de que la nulidad sea *ex nunc* para el prestatario, y éste esté de mala fe, se cifra en determinar si el prestador de buena fe puede exigir el precio por el trabajo no desenvuelto efectivamente y que debía haberse realizado antes de la declaración de nulidad. Según ALMANSA en el caso del contrato laboral sí podrá exigirlo (97). Sin embargo, el artículo 1.306 dice que el que sea extraño a la causa torpe podrá reclamar *lo que hubiera dado* y, por lo tanto, no parece contemplar la posibilidad apuntada.

Si el contrato de servicios es gratuito y la nulidad *ex nunc* debe predicarse del prestatario, es evidente que éste deberá estar de buena fe, porque si está de mala fe, por ejemplo, porque ha engañado sobre su situación económica provocando un error en el profesional médico que le atiende gratuitamente y el contrato es anulado, es evidente que la nulidad es *ex tunc* para el prestatario y el prestador podrá exigir la restitución del servicio prestado. En este caso, puesto que no hay acuerdo sobre el precio al ser la relación gratuita, podría recurrirse para concretar esa obligación de restitución al valor de mercado del servicio.

b) Segundo supuesto. Nulidad *ex nunc* favorable al prestador y al prestatario

Como hemos dicho, cuando el prestador resulta perjudicado por la eficacia retroactiva de la nulidad, parece más adecuado entender que la misma es eficaz irretroactivamente para las dos partes del contrato. En tal caso, el prestador de buena fe podría exigir el pago del trabajo. Y el prestatario de

(97) En este sentido, vid. ALMANSA PASTOR, José Manuel, «La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 67, 1965, pág. 51, que se basa en el artículo 47 de la LCT vigente cuando él escribe y considera que si la prestación de trabajo no se ha ejecutado por causa imputable al prestatario, el prestador debe conservar su derecho a la remuneración.

buena fe podrá exigir que el servicio responda a lo pactado y que se satisfagan las garantías correspondientes.

El prestador de mala fe —por ejemplo, porque ha manifestado tener la formación necesaria para desempeñar el trabajo no siendo cierto—, en base a los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil, no podrá exigir el precio de su trabajo. Así lo entendía la doctrina laboralista en relación al artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, en base a la aplicación de esos mismos preceptos. Y así debe entenderse en relación a los contratos civiles de servicios. En tal caso, además, el prestatario de buena fe podrá exigir la devolución del precio que haya podido satisfacer.

Si el prestatario está de mala fe, como hemos dicho antes, no puede exigir el cumplimiento ofrecido ni puede exigir la devolución de lo pagado.

La duda, cuando el prestador esté de mala fe y el prestatario de buena fe, y la nulidad *ex nunc* deba predicarse respecto a los dos, consiste en determinar si el prestatario podrá exigir, en caso de que no se haya prestado el servicio, la prestación del mismo. Entiendo que no en cuanto que el artículo 1.306 dice que el extraño a la causa torpe *podrá reclamar lo que hubiera dado*. Por otro lado, hemos dicho que el problema sólo se plantea en cuanto los servicios hayan sido ejecutados, no respecto a los no prestados.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

En este trabajo se sugiere la posibilidad de que, en el caso de los contratos civiles de servicios, acaso sea más conveniente entender que la nulidad tiene eficacia irretroactiva y no retroactiva. A tal fin se analizan los diferentes supuestos en los que se establece por ley esta consecuencia jurídica: matrimonio, sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, patentes, marcas, y, por último, nulidad del contrato de trabajo, para deducir las características comunes a todos ellos. De tal análisis resulta que dichas características también están presentes en el contrato de servicios: prestación irrestituible materialmente, normalmente es una relación de tracto sucesivo, y, además, puede verse un interés protegido. Por otro lado, conviene precisar el alcance de la eficacia ex nunc

ABSTRACT

SERVICE LEASING

The work suggests that if the services agreement is null, the nullity could have a non-retroactive character. The Spanish Law stipulates that, in some cases, the nullity is non retroactive, exactly in case of invalidity of marriage, Corporations and Limited Liability Companies, patents, trademarks, and, finally, in case of contract of employment. The common denominators in all this cases are that all of them are successive chain of title agreements, and that the restitution isn't possible. The services agreement have too this characteristics, so the hypothesis proposed could be based on the Law. Besides, the effects of the nullity, inclusive when it has a non-retroactive character, depends on the good or bad faith of the parties to the contract, so the consequences for them in case of

de la nulidad, para lo cual y por imperativo de lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 del Código Civil debe tomarse en consideración la buena o mala fe de los sujetos.

the services agreement should have in account the articles 1.305 y 1.306 of the Civil Code.

(Trabajo recibido el 24-11-2006 y aceptado para su publicación el 30-4-2007)